



Revista de Derecho Civil
<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>
ISSN 2341-2216
vol. VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019)
Ensayos, pp. 399-443

EXCLUSIÓN FINANCIERA E IGUALDAD DE TRATO EN EL ACCESO A SERVICIOS BANCARIOS¹

|

Inmaculada Llorente San Segundo

Profesora contratado-doctor en Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

TITLE: *Financial exclusion and equal treatment in access to banking services*

RESUMEN: Este artículo analiza el fenómeno de la exclusión financiera desde la perspectiva del concepto de discriminación. En primer lugar, aborda la regulación sobre el acceso a la cuenta de pago básica contenida en la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas*. Finalmente, analiza si el marco normativo europeo y español encaminado a garantizar el derecho al acceso a los servicios bancarios básicos y el acceso al crédito contiene elementos que pueden conducir a la discriminación.

ABSTRACT: *This article analyzes the phenomenon of financial exclusion from the perspective of the concept of discrimination. Firstly, it deals with the regulation on access to the basic payment account contained in Directive 2014/92 / EU of the European Parliament and of the Council, on the comparability of the commissions related to the payment accounts, the transfer of accounts of payment and access to basic payment accounts. Finally, it analyzes whether the European and Spanish regulatory framework aimed at guaranteeing the right of access to basic banking services and access to credit contains elements that can lead to discrimination.*

PALABRAS CLAVE: Exclusión financiera, vulnerabilidad, discriminación, servicios bancarios básicos, cuenta de pago, acceso al crédito, protección al consumidor, Unión Europea.

KEY WORDS: *Financial exclusion, vulnerability, discrimination, basic banking services, basic payment account, access to credit, consumer protection, European Union*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. *La exclusión financiera*. 1.2. *La respuesta legislativa a la exclusión financiera*. 2. EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE PAGO BÁSICOS. 2.1. *La Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas*. 2.2. *La regulación española sobre el acceso a las cuentas de pago básicas. El Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones*. 3. EL ACCESO AL CRÉDITO. 3.1. *El crédito como servicio esencial*. 3.2. *El acceso al crédito en la legislación comunitaria*. 3.3. *La Equal Credit Opportunity Act*. 3.4. *Estado de la cuestión en España*. 3.4.1. Normativa en materia de igualdad en el acceso a bienes y servicios. 3.4.2. Las causas o motivos de la discriminación. 3.4.3. Actos o comportamientos discriminatorios en materia de acceso al crédito. 3.4.3.1. Discriminación directa. 3.4.3.

¹ Este trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de investigación «Análisis de las fronteras de la autonomía Privada en el Derecho civil» (DER2014-52252-P), del Ministerio de Economía y Competitividad, y del Grupo de investigación consolidado «Autonomía de la voluntad en el Derecho privado» (AUDEPRIV S110), del Gobierno de Aragón y Unión Europea-Fondo Social Europeo, dirigidos por la Dr^a. D^a. M^a Ángeles Parra Lucán, Catedrática de Derecho Civil.

2. Discriminación indirecta. 3.4.3.3. La ausencia de justificación a la diferencia de trato. Diferenciaciones que no se basan en una causa de discriminación. 3.4.4. Sanciones. 3.4.4.1. Sanciones penales. 3.4.4.2. Sanciones administrativas. 3.4.4.3. Sanciones y remedios en el ámbito del derecho privado. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. *La exclusión financiera*

En la sociedad actual parece imposible participar en la vida social y económica sin utilizar determinados servicios financieros. Es inimaginable el esfuerzo que supondría tener que ir a cobrar en efectivo nuestra nómina o pensión todos los meses, e impensable tener que pagar en metálico todas nuestras compras o recibos (gastos de agua, luz, telefonía...) pues hoy en día gran parte de los pagos en cualquier economía avanzada se realizan mediante una cuenta bancaria o una tarjeta de débito/crédito. Por ello, la falta de acceso a los instrumentos habituales de pago y a otros servicios financieros básicos constituyen un obstáculo importante que limita la autonomía económica de las personas, impidiéndolas llevar una vida normal y condicionando su bienestar material².

Según el informe de expertos de la Comisión Europea, con el término «exclusión financiera» se hace referencia al *proceso por el cual la gente encuentra dificultades en el acceso y/o uso de servicios y productos financieros en el mercado general, que sean apropiados a sus necesidades y les permitan llevar una vida social normal en la sociedad a la que pertenecen*³. Por tanto, una persona se considera excluida económicamente cuando no tiene acceso a los servicios ofrecidos por las instituciones financieras convencionales en su país de residencia o cuando no hace uso de estos servicios, lo que puede tener su origen en distintos factores. Puede surgir como resultado de problemas en el acceso a los servicios financieros, o puede deberse a la inadecuación de las condiciones, los precios o el marketing de los productos ofrecidos,

² La base de datos «Global Financial Inclusion» (*Global Findex*), lanzada por el Banco Mundial en 2011, proporciona indicadores comparables que muestran cómo las personas de todo el mundo ahorran, realizan pagos y administran el riesgo. La edición de 2014 de la base de datos revela que el 62 por ciento de los adultos en el mundo tenían en ese momento una cuenta en un banco u otro tipo de institución financiera, y que entre 2011 y 2014, setecientos millones de adultos en todo el mundo se convirtieron en titulares de una cuenta. Si bien, aunque el número de adultos sin cuenta - no bancarizados-, disminuyó en un 20 por ciento, en el año 2014 la cifra ascendía a dos mil millones de personas. DEMIRGUC-KUNT, A; KLAPPER, L; SINGER, D; VAN OUDHEUSDEN: «The Global Findex Database 2014: Measuring Financial Inclusion around the World», *Policy Research Working Paper 7255*, 2015, World Bank, Washington, DC.

³ ANDERLONI, L., BAYOT, B., BLEDOWSKI, P., IWANICZ-DROZDOWSKA, M., KEMPSON, E., *Financial Services Provision and Prevention of Financial Exclusion*. Report prepared for the Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Brussels, European Commission, 2008.

o tener su origen en la «autoexclusión» en respuesta a diferentes experiencias o intuiciones negativas⁴. De ahí que se mantenga que la exclusión financiera es un fenómeno *poliédrico* y que se pueda hablar de diferentes clases de exclusión⁵.

Son muchas y muy diversas las causas que provocan la exclusión financiera pero no todas interesan por igual desde el punto de vista del Derecho, pues no todas requieren la intervención del legislador para atajar los problemas que conllevan. La residencia en zonas económicamente desfavorecidas o en zonas rurales, el desequilibrio tecnológico o la falta de cultura financiera, son algunos de los motivos que pueden aumentar la exclusión financiera. Pero, también, tienen muchas probabilidades de sufrir exclusión financiera las personas que no pueden trabajar por motivos de enfermedad o discapacidad, las personas mayores, los inmigrantes o las personas que no tienen suficientes recursos económicos, y ello es así porque los criterios que tienen en cuenta los bancos y otras entidades a la hora de aceptar a sus clientes son la primera causa de exclusión⁶. En este sentido puede mantenerse que, dejando a un lado la llamada

⁴ SINCLAIR, S.: «Financial Exclusion: An Introductory Survey», Heriot Watt University Centre for Research into Socially Inclusive Services. Edinburgh, 2001.

⁵ El Banco Mundial distingue entre dos tipos de exclusión financiera: la exclusión voluntaria y la exclusión involuntaria. En el caso de la exclusión voluntaria, los posibles usuarios de los recursos financieros tienen acceso a los mismos, pero prefieren no hacer uso de ellos. Esto es debido bien a una falta de necesidad o bien a motivos culturales o religiosos. El segundo tipo de exclusión -la involuntaria- es consecuencia de varios factores posibles: la falta de suficientes ingresos económicos, la discriminación hacia determinados colectivos, la ausencia de sucursales por no resultar comercialmente viables para las entidades financieras, los elevados precios o los productos inadecuados. WORLD BANK, *Finance for all? Policies and pitfalls in expanding access*, INTERNATIONAL MONETARY FUND, Financial Access Survey, Washington D.C., 2008, <http://fas.imf.org>. (11-1-2017).

De forma detallada en nuestra doctrina se enumeran hasta seis formas de exclusión financiera. La «exclusión geográfica», que hace referencia a la exclusión financiera debida a falta de proximidad de una entidad financiera en el territorio. La «exclusión en el acceso», se produce como consecuencia de las restricciones en el proceso de gestión de riesgo y rentabilidad por parte de las entidades financieras que, buscando rentabilidad y seguridad, delimitan la población susceptible de formar parte de su cartera de clientes. Hay «exclusión por las condiciones», cuando las condiciones de determinados productos los convierten en inadecuados para las necesidades y/o posibilidades de ciertos individuos. La «exclusión comercial» se produce cuando determinados individuos se ven apartados en la práctica de las estrategias de venta y marketing. La «exclusión por falta de estatus administrativo», -o por falta de documentación-, tiene lugar cuando los individuos excluidos no están regularizados o no pueden asegurar su identidad. Por último la «autoexclusión», existe por muy diferentes motivos: razones morales o religiosas, presuponer que serán rechazados por la entidad financiera, complejidad de los servicios y productos financieros, vocabulario técnico, experiencias negativas...etc. MENDIZABAL ZUBELDA, A; MITXEO GRAJIREMA, J; OLASOLO SOGROB, A; ZUBIA UBIAURRE, A: «Reflexiones sobre el origen y las implicaciones de la inclusión financiera», (XVII Congreso Internacional de la Academia Europea de Dirección y Economía de la Empresa. Universidad Federal de Bahía y la Asociación Europea de Dirección y Economía de la Empresa. Salvador de Bahía, 2008) en *Universidad, Sociedad y Mercados globales* (coord., Castro Silva, EJ; Díaz de Castro, FJ), 2008, pp. 209-218, pp. 210-211.

⁶ Tal afirmación no debe entenderse en el sentido de que los bancos tienen ideas negativas respecto de estos colectivos. *La búsqueda de la máxima rentabilidad directa por parte de las entidades financieras*

«autoexclusión», hay dos grandes tipos de causas de exclusión financiera. Una responde a hechos objetivos como el vivir aislado o en un núcleo pequeño de población dónde no existen sucursales bancarias o no se tiene acceso a las nuevas tecnologías. Combatir la exclusión financiera derivada de estas causas es tarea de la Administración Pública con políticas de desarrollo de los núcleos rurales y de fomento de la educación financiera o de la utilización de medios tecnológicos. El segundo tipo de causas de exclusión obedecen a criterios subjetivos —las decisiones de las entidades financieras basadas en circunstancias personales de los solicitantes como su edad o la existencia de una causa de discapacidad, su situación laboral, su nivel de renta, su historial crediticio, etc.—, y puede y debe combatirse con herramientas jurídicas⁷.

1.2. La respuesta legislativa a la exclusión financiera

El Derecho comunitario considera «servicio financiero» a *todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago* (Art. 2.b de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la *Comercialización a Distancia de Servicios Financieros Destinados a los Consumidores*)⁸. Ésta definición se desarrolla, en nuestro Derecho en el art. 4.2 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre *Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores*, que determina que se entenderán por servicios financieros *los servicios bancarios, de crédito o de pago*⁹, *los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros*.

tradicionales provoca la aparición de un fallo de mercado que se caracteriza por la divergencia entre el beneficio privado y el beneficio social. De forma general, será el beneficio privado el que rija las decisiones produciéndose exclusión financiera basada en dos razones, por un lado el alto coste y las bajas garantías que los excluidos poseen y, por otro lado que la escasa dimensión de sus demandas no ofrece rentabilidad a las entidades. ZUNZUNEGUI, F. «Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos», en AA.VV, *La protección de los derechos de las personas en sus relaciones con las entidades*, Bilbao, Ararteko, 2013, pp. 32-47, p. 46.

⁷ Sobre la relación entre exclusión financiera y discriminación ver, CRUZ AYUSO, C: «Exclusión Financiera, Vulnerabilidad y Subordiscriminación. Análisis crítico sobre el derecho al acceso a servicios bancarios básicos en la Unión Europea», en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº 34, diciembre, 2016.

⁸ Noción también recogida en el art. 2.1 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, *sobre los Derechos de los Consumidores*.

⁹ Los servicios bancarios, de crédito o de pago, incluyen las actividades relacionadas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre *Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*: la captación de depósitos u otros fondos reembolsables, las de préstamo y crédito, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y la financiación de transacciones comerciales, las de «factoring» y arrendamiento financiero, los servicios de pago y la emisión y gestión de otros medios de pago, tales como tarjetas de crédito, cheques de viaje o cheques bancarios.

No obstante, hasta la fecha, la lucha contra la exclusión financiera se ha centrado sobre todo en garantizar el acceso de los ciudadanos a lo que podemos llamar servicios bancarios «básicos». En efecto, la *Recomendación 2011/442/UE de la Comisión*, de 18 de julio de 2011, (Bruselas, C (2011) 4977 final) pretendía dar respuesta a aquellas situaciones en las que clientes potenciales no pueden abrir una cuenta de pago porque, bien se les deniega esa posibilidad, bien no se les ofrece un producto adecuado, instando la creación de un producto financiero específico al que denomina «cuenta de pago básica». Dicha Recomendación exhortaba a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar su aplicación a más tardar seis meses después de su publicación. Sin embargo, solo unos pocos Estados miembros cumplían los principales principios de dicha Recomendación. Ante esta situación, el 23 de julio de 2014 se publicó la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas* (en adelante, Directiva 2014/92/UE). La Directiva 2014/92/UE contiene básicamente tres grupos de normas. Por un lado, normas sobre la transparencia y comparabilidad de las comisiones aplicadas a los consumidores que tengan abiertas cuentas de pago en la Unión Europea. Por otro lado, contiene normas para regular los traslados de cuentas de pago dentro de un Estado Miembro, y la apertura de cuentas transfronterizas. Por último, como señala en su artículo 1, (Objeto y ámbito objetivo), apartado 2, busca establecer *un marco para las normas y condiciones con arreglo a las cuales los Estados miembros garantizarán el derecho de los consumidores a abrir y utilizar cuenta de pago básicas en la Unión*. A estos efectos, se entiende por «cuenta de pago» *una cuenta abierta a nombre de uno o varios usuarios de servicios de pago que se utilizan para ejecutar operaciones de pago* (Art. 2 Directiva 2014/92/UE). La regulación del acceso a la cuenta de pago básica se encuentra contenida en el *Capítulo V* de la Directiva 2014/92/UE, artículos 15 y ss.

No hay duda de que la Directiva 2004/113/UE merece una valoración positiva aún cuando la legislación comunitaria actual se «limita» a asegurar el acceso solamente a una parte de los servicios financieros considerados como tales conforme a la definición de servicios financieros utilizada por la propia legislación comunitaria. En efecto, una cuenta de pago básico debe permitir los siguientes servicios según el artículo 17 de la Directiva 2014/92/UE:

- a) efectuar todas las operaciones necesarias para la apertura, utilización y cierre de una cuenta de pago; b) servicios que permitan depositar fondos en dicha cuenta; c) servicios que permitan retirar, en la ventanilla o en los cajeros automáticos fuera del horario de apertura de la entidad de crédito, dinero en efectivo de dicha cuenta dentro de la Unión; d) realizar las siguientes operaciones de pago en la Unión: i) adeudo domiciliado, ii) operaciones de pago mediante una tarjeta de pago, incluidos los pagos en línea, iii)

transferencias, inclusive órdenes permanentes en las terminales, en las ventanillas y mediante los servicios en línea de la entidad de crédito, en su caso.

Dichos servicios pueden ser ampliados en la legislación de desarrollo pues tal y como determina el párrafo 2 del artículo 17, los Estados miembros podrán disponer que las entidades de crédito establecidas en su territorio estén obligadas a proporcionar, con las cuentas de pago básicas, *servicios adicionales que se consideren esenciales para el consumidor, atendiendo a los usos existentes a escala nacional*.

De la lectura del artículo 17 de la Directiva 2014/92/UE se infiere que el ámbito objetivo de la misma se reduce a lo que puede denominarse como servicios bancarios de pago básicos. Está excluida toda referencia al acceso a servicios *de crédito, de seguros, de jubilación personal, y de inversión*. Por ello, a tenor del estado de la legislación actual, parece preciso distinguir dentro del concepto de exclusión financiera, como hacen algunos autores, lo que podríamos denominar «exclusión bancaria», que incluiría los productos que permiten básicamente depósito de fondos y servicios de pago, de la «exclusión financiera en sentido estricto», que incluiría los productos o servicios tendentes a asegurar el crédito o distribuir los gastos en el tiempo (tarjetas de débito diferido, posibilidad de descubierto, crédito personal o hipotecario...) y a asegurar posibles riesgos (seguros, productos de ahorro, planes de pensiones...) ¹⁰. Cabe cuestionarse si es o no preciso una normativa que junto al acceso a las cuentas de pago de básicas asegure el acceso al crédito, a productos de ahorro a largo plazo —en especial los planes de jubilación personal— o de inversión. Entiendo que la respuesta dependerá de que el servicio financiero en cuestión tenga o no la consideración de «esencial». A mi juicio, el acceso al crédito lo es, sin que tal reconocimiento sea contrario al carácter empresarial de las entidades proveedoras de servicios de crédito ¹¹.

¹⁰ En este sentido, puede compartirse el concepto de exclusión financiera en sentido amplio, señalado por algunos autores que *engloba tanto la «exclusión bancaria» que concierne a los productos que permiten disponer de los recursos inmediatamente (cuenta de depósito, medios de pago, etc.) como la «exclusión financiera» en sentido estricto, que recoge los productos y servicios que permiten distribuir los gastos en el tiempo (descubiertos, tarjetas de débito diferido, crédito, etc.) y asegurarse de los riesgos existentes (productos de ahorro, seguros..)* MENDIZABAL ZUBELDA, A; MITXEO GRAJIREMA, J; OLASOLO SOGROB, A; ZUBIA UBIAURRE, A: «Reflexiones sobre el origen y las implicaciones de la inclusión...», cit., p. 210, nota 5.

¹¹ Existen numerosas opiniones en este sentido como las mantenidas en el estudio «*Prestación de servicios financieros y prevención de la exclusión financiera*», que establece una lista de servicios financieros básicos considerados esenciales para la vida cotidiana que va más allá del ámbito normativo de la protección actual. Son esenciales para evitar la exclusión financiera: una cuenta bancaria para recibir ingresos; una cuenta de transacción para hacer pagos; una cuenta de ahorros para almacenar dinero; y el acceso al crédito no garantizado para gestionar la escasez temporal de efectivo y los gastos inesperados «*Financial Services Provision and Prevention of Financial Exclusion*» ha sido elaborado en

2. EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE PAGO BÁSICOS

2.1. *La Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas*

El 23 de julio de 2014 se publicó la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas*. De la Directiva pueden destacarse tres ideas básicas. En primer lugar, supone un paso importante al pasar a considerar los servicios financieros de pago como servicios esenciales, de interés económico general¹². De hecho, no solo son esenciales sino que, en algunos casos y con cada vez mayor frecuencia, son obligatorios. Es obligatorio disponer de una cuenta corriente para el cobro de prestaciones sociales y para relacionarse con la Administración¹³. Por otro lado, supone un giro importante hacia la protección del «consumidor financiero» pues la directiva no habla ya de «cliente» o de «los usuarios de servicios financieros» (tal y como hacía la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, *relativa a los mercados de instrumentos financieros*, más conocida como *MIDIF*, por sus siglas en inglés), sino que su objetivo es la protección del consumidor financiero¹⁴, entendiendo por consumidor *toda persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*» (apartado 1 del artículo 2), de acuerdo al Derecho Comunitario y todas las

2007-2008 por un consorcio europeo dirigido por Réseau Financement Alternatif. http://ec.europa.eu/employment_social/spsi/financiar_exclusion_en.htm. En cambio, *la falta de acceso a los servicios de ahorro suele considerarse menos problemática en las sociedades europeas, ya que afecta a muchas menos personas que la falta de acceso a otros servicios bancarios y crédito.... La falta de acceso a los servicios de seguros es cada vez menor. Aunque es obligatorio tener algún tipo de seguro (por ejemplo, seguro de automóvil), todavía no se ha determinado qué tipos de seguros se consideran esenciales cuando se habla de exclusión financiera*. LÄMERMAMM, S: «Financial exclusion and access to credit», *European Social Catch Report 2010*, Thematic Reports 26 Social Watch, pp. 26 a 28, p. 26., disponible en http://www.socialwatch.eu/wcm/financiar_exclusion.htm

¹² GÓMEZ BARROSO, JL; MARBÁN-FLORES, R: «Basic financial services: A new service of general economic interest?», en *Journal of European Social Policy*, julio 2013, vol. 23, número 3, pp. 332-339, p. 338. Así lo determina igualmente la Comisión Europea, en su Comunicación «Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión» COM (2013)83, de 20 de febrero de 2013, que considera que las cuentas de pago son una herramienta esencial para que las personas puedan participar en la economía y la sociedad.

¹³ A esta bancarización forzosa contribuyen las medidas que prohíben el uso de billetes para pagos que superen cierta cuantía o las dificultades para pagar en moneda metálica. La cuenta corriente ya no es una alternativa al pago en efectivo, es un servicio esencial, y así lo ha reconocido la Comisión Europea ZUNZUNEGUI, F: Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos... *op. cit.*, p. 2.

¹⁴ La Comisión ya había subrayado que la protección de los consumidores para el acceso a los servicios financieros sería un punto esencial en las futuras reformas. *Communication from the Commission to the European Council: A Economic Recovery Plan*, COM (2008) 800 final. *Communication for the Spring European Council of 4 March 2009: Driving European Recovery* COM (2009) 114 final.

directivas que se refieren a contratos con consumidores. Por último, debe destacarse que la Directiva 2014/92/UE insiste de manera reiterada en la necesidad de tener en cuenta y dar respuesta a las necesidades de los consumidores más «*vulnerables*». En efecto, la Directiva reconoce el derecho de acceso a una cuenta de pago básica y establece como garantía un principio de no discriminación (art. 15 de la Directiva 2014/92/UE), por el cual los Estados Miembros deben velar porque los proveedores de servicios de pago no discriminen a los consumidores que residan legalmente en la Unión¹⁵ *por razón de nacionalidad o lugar de residencia, o por cualquier otra razón contemplada en el artículo 21 de la Carta de Derechos de Fundamentales, cuando soliciten o accedan a una cuenta de pago en la Unión*. La protección pues, extiende su ámbito a toda conducta discriminatoria ejercida *por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*, tal y como determina el citado artículo de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2000/C 364/01). Desde este punto de vista, la Directiva 2014/92/UE parece seguir el camino iniciado por las directivas de igualdad (Directiva 2000/43/CE y Directiva 2004/113/UE) esto es, asegurar el libre acceso a los servicios financieros a los colectivos protegidos. En este sentido el ya citado artículo 15 contiene una verdadera declaración de intenciones pues, bajo la rúbrica de *Principio de no discriminación*, establece una doble obligación para los Estados: velar por que los proveedores de servicios de pago no discriminen a los consumidores que residan legalmente en la Unión Europea por su nacionalidad o por las

¹⁵ La Directiva no se aplica por tanto a todos los ciudadanos pues la delimitación de su ámbito subjetivo, esto es, de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, requiere la concurrencia de un requisito: la residencia legal. La protección en el acceso a la cuenta de pago básica se extiende a los consumidores que residan legalmente en la Unión Europea, definido el residente como *persona física que tiene derecho a residir en un Estado miembro en virtud de disposiciones legales de la Unión o de leyes nacionales, incluidos los consumidores que no tengan una dirección fija y las personas que han solicitado asilo acogiéndose a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, y su Protocolo de 31 de enero de 1967 y otros tratados internacionales pertinentes* (apartado 2 del artículo 2). No obstante, hay que tener en cuenta que la definición de residente legal se amplía en materia de acceso a cuentas de pago básicas, pues, como determina el artículo 16.2, la normativa contenida en el Capítulo IV se aplica también *a los consumidores a los que no se haya concedido un permiso de residencia pero cuya expulsión sea imposible para razones jurídicas o de hecho*. A éstos efectos, el Considerando (39) determina que *Los Estados miembros deben poder crear mecanismos para asistir a los consumidores que no tengan domicilio fijo, solicitantes de asilo y consumidores a los que no se haya concedido un permiso de residencia pero cuya expulsión sea imposible por motivos jurídicos o de hecho, con el fin de que puedan acogerse plenamente a las ventajas de la presente Directiva*. Este derecho será válido, señala el mismo artículo, *con independencia del lugar de residencia del consumidor*. Por último, el Considerando 36 de la directiva incluye la posibilidad de que *los Estados miembros pueden hacer extensivo el concepto de «residente legal en la Unión» a otros nacionales de terceros países presentes en su territorio* (Considerando 36 *In fine*).

causas mencionadas en el artículo 21 de la Carta de Derechos de la Unión, cuando soliciten o accedan a una cuenta de pago. Deben velar también por que las condiciones aplicables a la posesión de una cuenta de pago básica no sean, en modo alguno, discriminatorias. Para garantizar la cuenta de pago básica, la Directiva determina que se otorgarán con independencia de las circunstancias financieras actuales o anteriores del solicitante, entendiendo como tales *su situación laboral, nivel de renta, historial crediticio o insolvencia* (Considerando 35). Además, a fin de garantizar que estén a disposición para el mayor número posible de consumidores, deben ofrecerse de forma gratuita o a cambio de una «comisión razonable».

Como características de la cuenta de pago básica diseñada en la Directiva 2014/92/UE, destacan que solo se puede tener una por Estado, deben ser ofertadas por tantas entidades como sea posible, y no deben circunscribirse a la utilización en línea, pues sería un obstáculo para los consumidores sin acceso a Internet. Por otro lado, para acceder a una cuenta de pago básica no debe ser necesario adquirir servicios adicionales. No obstante, si se pactan, deberán ser con una «comisión razonable». Son los Estados miembros los que deben determinar qué se entiende por «comisión razonable» (art. 18 Directiva 2014/92/UE). Los Estados miembros velarán especialmente por los consumidores vulnerables que no dispongan de cuenta bancaria, incluso proporcionándoles la información y el asesoramiento que fuere necesario. El glosario de operaciones debe ser claro, sin tecnicismos ni ambigüedades (Art. 16.9 Directiva 2014/92/UE).

La Directiva 2014/92/UE recoge también en su articulado una serie de causas en las que los proveedores de servicios de pago pueden negarse a la apertura de una cuenta solicitada por razones legítimas de seguridad y orden público. Dichas causas pueden reconducirse a cuatro grandes grupos. La Directiva establece que los Estados miembros velarán por que las entidades de crédito rechacen las solicitudes de acceso a cuentas de pago básicas siempre que la apertura de una de tales cuentas vulnere las disposiciones relativas a la prevención del blanqueo de capitales y a la lucha contra la financiación del terrorismo establecidas en la Directiva 2005/60/CE. Por otro lado, la negativa a la apertura de la cuenta está justificada tanto cuando el solicitante no acredite la existencia de un interés genuino en la cuenta cuya apertura se solicita, como cuando el solicitante ya sea titular de una cuenta en un entidad de crédito situada en el territorio de ese Estado que le permita utilizar los servicios enumerados en el artículo 17, apartado 1, a menos que el consumidor declare que se le ha notificado que la

cuenta de pago va a ser cerrada¹⁶. Por último, el artículo 16 de la Directiva 2014/92/UE, en su apartado 6, abre la puerta a que los Estados miembros puedan determinar supuestos adicionales específicos y limitados en los que las entidades de crédito puedan denegar una solicitud de cuenta de pago básica, o se les pueda requerir que la denieguen. Estos casos se basarán en las disposiciones de la legislación nacional aplicable en su territorio y tendrán el objetivo bien de facilitar el acceso del consumidor a una cuenta de pago básica gratuita con arreglo al mecanismo del artículo 25¹⁷ o bien de evitar que el consumidor abuse de su derecho de acceso a una cuenta de pago básica. No determina, sin embargo, cuándo debe entenderse que el consumidor ha abusado de su derecho.

2.2. La regulación española sobre el acceso a las cuentas de pago básicas. El Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones

La Directiva 2014/92/UE entró en vigor el 17 de septiembre de 2014 y, como su Disposición Final indica, debería haber sido transpuesta por los Estados Miembros antes del 18 de septiembre de 2016. A tal fecha el Reino de España no había procedido a ejecutar tal mandato. Esta situación fue subsanada con la publicación del Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, *de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones* (en adelante, Real Decreto-ley 19/2017), que regula entre otras materias lo que en su Exposición de Motivos (1) denomina el «derecho universal al acceso a cuentas de pago básica».

Conforme con el artículo 2 del Real Decreto-ley, «cuenta de pago básica» *es aquella cuenta de pago, denominada en euros, abierta en una entidad de crédito que permita prestar, al menos, los servicios recogidos en el artículo 8, y que sea identificada como tal por las entidades de crédito*. Por tanto, el Real Decreto Ley 19/2017 configura la cuenta de pago básica como un producto financiero estandarizado, que están obligadas

¹⁶ A tal fin, la directiva permite que antes de abrir una cuenta de pago básica la entidad de crédito pueda verificar si el consumidor dispone o no de una cuenta de pago en otra entidad de crédito situada en el mismo Estado miembro que le permita utilizar los servicios enumerados en el artículo 17, apartado 1. Las entidades de crédito podrán basarse a tal fin en una declaración jurada firmada por el propio consumidor.

¹⁷ El artículo 25 de la Directiva 2014/92/UE, bajo la rúbrica *-Mecanismo en caso de denegación de una cuenta de pago a la que se aplican comisiones-*, establece que, *sin perjuicio del artículo 16, los Estados miembros podrán establecer un mecanismo específico para velar por que los consumidores que no dispongan de cuentas de pago en su territorio y a quienes se haya denegado el acceso a una cuenta de pago a la que las entidades de crédito aplican comisiones, tenga un acceso efectivo y gratuito a una cuenta de pago básica*. Se deduce por tanto, que la denegación en tales casos es un presupuesto para que puedan solicitar el acceso efectivo y gratuito a una cuenta de pago básica.

a ofrecer todas las entidades de crédito sin más excepciones que una serie de supuestos limitados que permiten su denegación. Como tales cuentas de pago, están reguladas además por la normativa de servicios de pago en general¹⁸.

Además de las disposiciones relativas al derecho de acceso a las cuentas de pago básicas, el Capítulo II del Real Decreto-ley 19/2017, regula los supuestos en los que las entidades de crédito pueden denegar el acceso a aquellas y la forma en la que tal denegación debe ser notificada al potencial cliente. De acuerdo con el artículo 4 de esta norma, las entidades de crédito denegarán el acceso a las cuentas de pago básicas cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: que el potencial cliente no aporte la información requerida por la entidad en función del nivel de riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo de dicho cliente¹⁹, cuando su apertura sea contraria a los intereses de la seguridad nacional o de orden público definidos por las leyes, las normas europeas o por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los supuestos en que así se haya acordado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía, Industria y Competitividad²⁰, o, cuando el

¹⁸ En particular por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de *servicios de pago*, la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre *transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago*, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de *transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*. La lista de servicios asociados a la cuenta de pago básica coincide básicamente con los enumerados en la Directiva, por lo que el legislador español no ha hecho uso de la posibilidad de ampliar estos servicios que la directiva dejaba en manos de los legisladores nacionales (art. 17.2 Directiva 2014/92/UE). Por otro lado, la cuenta de pago básica no debe incluir todas estas operaciones necesariamente, pues como señala el apartado 2 del artículo 8, *las entidades proporcionarán estos servicios en la medida en que ya los ofrezcan a los clientes que dispongan de cuentas distintas de las cuentas de pago básicas*. Por otro lado, tal y como señala el apartado 2 del artículo 4, el acceso a la cuenta de pago básica no podrá supeditarse a la adquisición de otros servicios, ni a la adquisición de participaciones en el capital, o instrumentos análogos, de la entidad de crédito, *salvo que fuese impuesto por la normativa aplicable o bien requisito ineludible para toda la clientela de la entidad*.

¹⁹ La Ley 10/2010, de 28 de abril, de *prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo* y su reglamento, aprobado mediante Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, exigen, para evitar estos fines, un Documento identificativo oficial (que en el caso de los no residentes extranjeros lo tramita la policía), una Declaración de Actividad Económica (DAE) y un documento que acredite su actividad económica o profesional. En caso de no presentar esta documentación en el plazo de tres meses la cuenta queda bloqueada. Estos requisitos se fundamentan en la necesidad de controlar el sistema de pagos en el mercado de la Unión y están justificados por razones de política pública y seguridad nacional pero qué duda cabe que su aplicación en cada Estado Miembro conlleva trabas normativas infranqueables en muchos casos para los colectivos más desaventajados socialmente. Son requisitos que se construyen sobre un sistema de normas que pueden acabar siendo una fuente de discriminación.

²⁰ Lo que puede requerir recabar más información de los solicitantes. En este sentido, coincido en que *debe, no obstante, prestarse atención al riesgo de que la tecnología empleada por las entidades prestadoras de servicios de pago para conseguir una mayor información de sus clientes no se use de la manera adecuada y sirva para localizar y excluir del mercado a aquellos consumidores que no consideran rentables*. PUENTE GONZÁLEZ, I.A.: «Comparabilidad de comisiones, traslado y acceso a cuentas de pago:

potencial cliente ya sea titular en España de una cuenta en un proveedor de servicios de pago que le permita realizar los servicios contemplados en el artículo 8.1, salvo que éste le haya notificado su decisión unilateral de resolver el contrato.

Finalmente, en este capítulo se regulan las formas para determinar las comisiones que las entidades de crédito pueden cobrar por su apertura y mantenimiento y por los servicios asociados y, en general, la información que sobre las mismas deben facilitar las entidades de crédito. En virtud de lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto ley 19/2017, las comisiones percibidas por los servicios prestados por las entidades de crédito en relación con las cuentas de pago básicas serán las que se pacten libremente entre dichas entidades y los clientes. No obstante ésta regla general, se establece la posibilidad de que el Ministro de Economía, Industria y Competitividad establezca las comisiones máximas que las entidades pueden cobrar por los servicios, incluida la derivada del incumplimiento por parte del cliente de los compromisos contraídos en el contrato de cuenta de pago básica, o, en su caso, la prestación de dichos servicios sin cargo alguno. Las comisiones máximas que se establezcan, deberán ser razonables y estar basadas en el nivel de renta nacional en relación con otros Estados miembros y el importe medio de las comisiones aplicadas por las entidades de crédito por tales servicios en cuentas distintas de las cuentas de pago básicas. Es de destacar, que conforme con el apartado 4, *reglamentariamente se podrán establecer distintos regímenes de condiciones más ventajosas en materia de comisiones en función de la especial situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión financiera de los potenciales clientes.*

Expuesto sucintamente el contenido del Real Decreto-ley 19/2017 parece preciso hacer una serie de observaciones que vamos a referir específicamente a su ámbito subjetivo de aplicación. En este sentido, debe destacarse que el legislador nacional no utiliza en ningún momento la expresión «consumidor financiero», y no recoge en parte alguna de su articulado el principio de no discriminación, referente de la legislación comunitaria. Del mismo modo, no parece dar respuesta a la necesidad de tener en cuenta las necesidades de los consumidores más «vulnerables» que reiteradamente se expone en la Directiva 2014/92/UE al garantizar el principio de no discriminación.

En efecto, mientras que las disposiciones de la Directiva 2014/92/UE se aplican al «consumidor» (artículo 2.1), el artículo 1 del Real Decreto-ley 19/2017, señala que el mismo tiene por objeto regular *el derecho de los «clientes» o «potenciales clientes» a*

análisis de la evidencia y apuntes para una ley a la luz de la Directiva 2014/92/UE, de 23 de julio de 2014, en *Revista Lex Mercatoria, Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, nº 5, 2017, pp. 99-103, p. 101.

abrir y utilizar cuentas de pago básicas; lo que se reitera en su artículo 2 (*Definiciones*), que establece lo que hay que entender por tal a los efectos de este Real Decreto-ley. «Cliente o potencial cliente», son las *personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*. En principio, el concepto de cliente es más amplio que el de consumidor²¹. Son clientes no solo las personas físicas tradicionalmente incluidas en la noción de consumidor, sino también las personas físicas que actúan en el marco del ejercicio de su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión y las personas jurídicas, en tanto que todos ellos se relacionan con las entidades financieras. En este sentido, puede pensarse que la intención del legislador español al utilizar la expresión «cliente» o «potencial cliente» es incluir a éstos últimos dentro del ámbito subjetivo del Real Decreto-ley. Tal posición no sería coherente con lo dispuesto en la misma Exposición de Motivos (2) de la norma que expresamente establece que:

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo, es preciso señalar que las disposiciones de esta norma se aplican a las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, tal como resulta de la definición que hace la propia Directiva. De esta forma, las normas de protección que establece la Directiva [...] no alcanzan a las personas jurídicas o a quienes actúan dentro de su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Por otro lado, no hay que olvidar la tendencia a limitar la protección del cliente financiero a las personas físicas y a denominarlo «consumidor financiero»²² (como ocurre en la legislación del crédito al consumo, de los servicios de pagos y de la contratación a distancia de servicios financieros²³) y que va destinada a proteger a las personas físicas que en los servicios de pagos, contratos a distancia o de crédito al consumo, etc., actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional, y también a las personas físicas que, sin usar los productos contratados para fines profesionales o empresariales, por sus conocimientos o preparación cuentan con suficiente información para tomar una decisión debidamente fundamentada en la contratación de productos financieros (STJUE de 3 de septiembre de 2015, Asunto C-

²¹ Sobre la noción de consumidor y su distinción del cliente financiero, ZUNZUNEGUI, F: «Derechos del consumidor de servicios y productos financieros...», *op. cit.*, p. 3.

²² Término ya utilizado en el art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que sustituye a la de «usuario de servicios financieros» utilizada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de, de *Medidas de Reforma del Sistema Financiero*.

²³ A estos efectos puede citarse el artículo 2.1 Ley 16/2011, de 24 de junio, de *Contratos de Crédito al Consumo*; los artículos 2.11 y 17.2 Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de *Servicios de Pago*; y art. 5, final, Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre *Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores*.

110/14, *Horațiu Ovidiu Costea v. SC Volksbank România SA* ²⁴). Por tanto, el concepto de consumidor financiero recogido en las anteriores normas abarca a los mismo sujetos protegidos específicamente por la normativa de acceso a la cuenta de pago básica, de ahí, que no se comprenda la expresión «cliente» o «potencial cliente» empleada por el legislador.

Por otro lado, el legislador español al trasponer la Directiva 2014/92/UE ha olvidado incorporar a la nueva normativa una referencia expresa al principio de no discriminación. En efecto, como ya se ha mencionado, el artículo 15 de la Directiva 2014/92/UE obliga a los Estados Miembros a velar porque los proveedores de servicios de pago no discriminen a los consumidores que residan legalmente en la Unión por razón de nacionalidad o lugar de residencia, o por cualquier otra razón contemplada en el artículo 21 de la Carta de Derecho de Fundamentales. Por el contrario, el artículo 3 del Real Decreto Ley 19/2017, establece la obligación de las entidades de crédito que ofrezcan cuentas de pago de ofrecer cuentas de pago básicas *a aquellos potenciales clientes que residan legalmente en la Unión Europea, incluidos los clientes que no tengan domicilio fijo, a los solicitantes de asilo y los que no tengan un permiso de residencia pero su expulsión sea imposible por razones jurídicas o de*

²⁴ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») resolvió mediante sentencia dictada con fecha 3 de septiembre de 2015, en el asunto C-110/14, la cuestión prejudicial planteada por un tribunal de primera instancia rumano en relación con la interpretación que debe darse al artículo 2.b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (la «Directiva de Consumidores»). En particular, la cuestión versaba sobre si la definición del concepto de consumidor debe incluir o no a una persona física que ejerce la abogacía en el ámbito del Derecho mercantil, cuando esta persona celebre un contrato de crédito con un banco y el bufete de abogados del prestatario actúe como garante hipotecario. La Sentencia resulta relevante en el tráfico jurídico-financiero internacional de la Unión Europea en tanto que de la decisión del TJUE dependía la aplicación o no a determinados sujetos de la protección dispuesta en la normativa para la defensa de consumidores y usuarios; aplicación que resultaba dudosa a personas que, sin usar los productos contratados para fines profesionales o empresariales, por sus conocimientos o preparación parecía claro que contaban con suficiente información para tomar una decisión debidamente fundamentada en la contratación de esos productos. Concluye la sentencia *que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito puede considerarse consumidor cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del abogado*. Sobre el tema, APARICIO ARROYO, A: «Abogado considerado como “consumidor”». STJUE de 3 de septiembre de 2015, Asunto C110/14 (Lawyer as «consumer»: ECJ of 3 september 2015, case C-110/14) en *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 2016, pp. 71 y ss.; LÓPEZ VELÁZQUEZ, D: «Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015 sobre la consideración de consumidor de un abogado mercantilista en la contratación de productos financieros», en *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales* núm. 1/2016 parte Jurisprudencia. Análisis. Editorial Aranzadi, 2016.

*hecho*²⁵. Por tanto, la normativa española no establece mecanismos para la protección de personas especialmente vulnerables ni referencia alguna a la prohibición de discriminación por los motivos consignados en el artículo 21 de la Carta de Derechos de la Unión, objetivo fundamental de una norma dirigida a terminar con la exclusión financiera. No parece que el legislador español refleje el principio de no discriminación tal y como demanda la Directiva 2014/92/UE. El Real Decreto Ley 19/2017 no incluye en su articulado ninguna mención expresa a la obligación de las entidades de abrir la cuenta de pago básica *con independencia de las circunstancias financieras actuales o anteriores del solicitante, entendiendo como tales su situación laboral, nivel de renta, historial crediticio o insolvencia* (Considerando 35 de la Directiva 2014/92/UE). Además, al fijar la cuantía «de las comisiones máximas», (artículo 9 del Real Decreto-ley 19/2017, habla de comisiones «razonables» y sólo en su último apartado, el número 4, determina que *reglamentariamente se podrán establecer distintos regímenes de condiciones más ventajosas en materia de comisiones en función de la especial situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión financiera de los potenciales clientes*. Por otro lado debe destacarse la ausencia de un mecanismo similar al dispuesto en el artículo 25 de la Directiva 2014/92/UE que, recordemos, establece que los Estados miembros podrán establecer un mecanismo específico para velar por que los consumidores que no dispongan de cuentas de pago en su territorio y a quienes se haya denegado el acceso a una cuenta de pago a la que las entidades de crédito aplican comisiones, *tengan un acceso «efectivo» y «gratuito» a una cuenta de pago básica*²⁶.

Sería deseable que el legislador español hubiera acogido expresamente en la norma de transposición el principio de no discriminación tal y como ha sucedido en otros países²⁷ y que hubiera previsto expresamente la gratuidad de la cuenta al menos en

²⁵ Hay que tener en cuenta que puede ser considerada como razón de hecho la situación irregular del inmigrante sin papeles. *Con dicha interpretación se solucionarían muchos de los problemas que sufren dichos inmigrantes en relación con la contratación de suministros básicos, cuyo pago debe hacerse hoy en día a través de una cuenta bancaria. Problemas que como todos sabemos son permanente fuente de abusos. Qué duda cabe que resulta complejo pronunciarse sobre la bondad de semejante interpretación, en la medida en que incide de forma sustancial sobre una política tan compleja como es la referida a los flujos migratorios*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R; «La prestación de los servicios de pago en la Unión Europea, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2018 parte Tribuna, .ED. Aranzadi, SAU, 2018.

²⁶ A tal efecto, en el derecho francés, el artículo L312-1, III de el *Code monétaire et financier* establece que si la entidad elegida se niega a abrir una cuenta de pago básica, el interesado podrá recurrir al Banco de Francia para que designe, en el plazo de un día hábil a partir de la recepción de los documentos exigidos, una entidad de crédito situada cerca de su domicilio o en otro lugar de su elección, teniendo en cuenta las cuotas de mercado de cada una de las entidades afectadas.

²⁷ A título de ejemplo, la legislación del Reino Unido, *The Payment Accounts Regulations 2015*, Parte 4, - Access to payment accounts-, bajo el epígrafe «Non discrimination in the provision of payment accounts», establece expresamente la prohibición de discriminación: 18.1) *A credit institution must not*

determinadas circunstancias²⁸. A título de ejemplo, en Italia, el Decreto Legislativo nº 37, de 15 marzo 2017, por que se lleva a cabo la *Attuazione della direttiva 2014/92/UE, sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base*, en su Sección III, establece el derecho a la cuenta de pago básica recogiendo expresamente el principio de no discriminación²⁹ y estableciendo una regulación específica sobre cuentas de pago básicas dirigidas a categorías particulares de consumidores en la que se prevé la existencia de cuentas de pago gratuitas³⁰.

3. EL ACCESO AL CRÉDITO

3.1. *El crédito como servicio esencial*

El acceso a la cuenta de pago básica es un elemento clave para la inclusión financiera en cuanto permite acceder a otros servicios financieros. No obstante, el acceso a una cuenta no se considera requisito suficiente para ser considerado «incluido financieramente»³¹. La Comisión distingue grados de inclusión dependiendo del nivel de acceso a los servicios asociados a una cuenta hablando de «unbanked» —personas sin acceso a cuenta—, «marginally banked» —personas con una cuenta bancaria pero sin acceso electrónico ni acceso a crédito, tarjeta o cheques— y «fully banked» los que tienen pleno acceso a un amplio abanico de transacciones bancarias adecuadas a sus necesidades³². De este modo, la propia Comisión reconoce la importancia del crédito como una herramienta útil y necesaria. Es la herramienta financiera principal para

discriminate against consumers legally resident in the European Union by reason of their nationality or place of residence or by reason of any other ground referred to in Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union when those consumers apply for or access a payment account.

²⁸ Hay que mencionar, no obstante, en este sentido la existencia de una Proposición no de Ley sobre *La gratuidad del derecho universal de acceso a una cuenta de pago básica*, presentada por el Grupo Socialista a la Mesa del Congreso con fecha de 13 de marzo de 2018.

²⁹ Diritto al conto di base- 2. *Tutti i consumatori soggiornanti legalmente nell'Unione europea, «senza discriminazioni» e a prescindere dal luogo di residenza, hanno diritto all'apertura di un conto di base nei casi e secondo le modalità previste dalla presente sezione* (art. 126-noviesdecies del Decreto Legislativo nº 37, de 15 marzo 2017).

³⁰ Conti di base per particolari categorie di consumatori- .1. *Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentitala Banca d'Italia, sono individuate le fasce di clientela socialmente svantaggiate e i titolari di trattamenti pensionistici ai quali il conto di base e' offerto senza spese. Il medesimo decreto definisce altresì le condizioni e le modalità per l'accesso ai conti di base gratuiti e le loro caratteristiche* (art. 126-vicies quater del Decreto Legislativo nº 37, de 15 marzo 2017).

³¹ WILSON, T., «Consumer credit regulation and rights-based Social justice: addressing financial exclusion and Meeting the credit needs of low-income Australians», *UNSW Law Journal* Volume 35(2), 2012, 501-521.

³² GONZÁLEZ URQUIJO, L: «El impacto de la exclusión financiera en Europa: algo más que integración», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 32, 2015, pp. 107 a 127, p. 112.

permitir el acceso a bienes o servicios (vehículos, muebles, equipos informáticos, viviendas, garantía de alquiler, etc.) y puede desempeñar un papel importante para suavizar y proteger contra la pérdida o bajada de ingresos. Las experiencias de proyectos piloto de crédito al consumo propuestas por las asociaciones sin ánimo de lucro subrayan el impacto social positivo que un pequeño crédito adecuado puede aportar para excluidos: aumento de la movilidad, acceso a la formación y mejora de la calidad de la vivienda lo que puede conducir a mayores ingresos futuros y un bienestar general más amplio. Por último señalan también que la falta de acceso al crédito puede afectar a la inclusión porque el sujeto resulta estigmatizado y ve reducido su bienestar, su nivel de vida y su autoestima por diversos motivos. En primer lugar, porque algún tipo de crédito (por ejemplo, la posibilidad de descubierto en las tarjetas de crédito) ya son muy utilizados en algunas regiones de la UE. En segundo lugar, porque la ausencia de crédito impide el acceso a algunos bienes lo que repercute en el acceso al mínimo nacional de nivel de vida. En tercer lugar, porque la falta de acceso a un crédito adecuado puede dar lugar a que su reembolso sea complicado, aumentando el desequilibrio del presupuesto familiar y, finalmente, puede conducir al sobreendeudamiento. De hecho, el sobreendeudamiento puede conducir a la exclusión financiera y social³³.

Las personas «excluidas del crédito», afrontan consecuencias financieras y sociales negativas por distintas razones. En el artículo *New Migrant Communities and Financial Services. Keeping themselves to themselves?*, (Nuevas comunidades de inmigrantes y servicios financieros ¿Mantenerse a sí mismos?), se pregunta a miembros de tres comunidades, brasileños, búlgaros y somalíes, sobre su historial crediticio. Un número significativo de las tres comunidades había adquirido préstamos en los 12 meses anteriores a la entrevista —más del 75 por ciento de todos los encuestados brasileños, más del 50% de los búlgaros y un poco más del 50% de los somalíes. Un puñado de migrantes había adquirido préstamos de los bancos (en forma de préstamos personales, tarjetas de crédito) en el Reino Unido o en su país de origen. En todos los casos, los migrantes informaron de que tuvieron que hacer una serie de solicitudes antes de que tuvieran éxito. El resto que no tuvieron acceso a crédito de entidades financieras, acudieron a familiares y amigos, la fuente de crédito más importante, aunque generalmente por cantidades muy pequeñas, lo que se puede atribuir a plazos flexibles de reembolso y tasas de interés nulas o bajas. Algunos confesaron también

³³ Los expertos estiman que en el núcleo de los 15 países de la Unión Europea, 2 de cada 10 adultos no tienen acceso a servicios bancarios de pago, 3 de cada 10 no tienen ahorros y 4 de cada 10 no tienen facilidades de crédito; la estadística aumenta significativamente en los nuevos Estados miembros, donde más de la mitad no tienen ahorros y casi las tres cuartas partes no tienen acceso al crédito. ANDERLONI, L., BAYOT, B., BLEDOWSKI, P., IWANICZ-DROZDOWSKA, M., KEMPSON, E., *Financial Services.*, op. cit., p. 13.

haber acudido o haberse plantado acudir a prestamistas en casos extremos. Todos los encuestados sospechaban de tales prestamistas³⁴.

La falta de acceso al crédito tiene también importantes consecuencias sociales. Así se destaca que uno de los principales riesgos asociados a ésta forma de financiación alternativa surge cuando los prestatarios en dificultades financieras no pueden devolver sus préstamos. En tales casos, los prestamistas puedan utilizar la violencia y la intimidación. Por otro lado, otra estrategia utilizada por los consumidores con problemas de crédito en Francia y Alemania es demorar el pago de impuestos y de servicios públicos, lo que extiende las consecuencias de la negativa al acceso al crédito al resto de la comunidad³⁵.

3.2. *El acceso al crédito en la legislación comunitaria*

Pese a la importancia del acceso al crédito, el legislador europeo no ha afrontado hasta fecha la tarea de formular una regulación uniforme que garantice el derecho al crédito, sin discriminaciones, en el ámbito de la Unión. Sí que existe tal regulación en algunos de los países de la UE, aunque en tales países las normas regulatorias presentan deficiencias. Muestra de ello es la Decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación racial Número 10/1997, *Ziad Ben Ahmed Habassi c. Dinamarca* (CERD/C/54/D/10/1997) *relativo a la denegación de préstamos bancarios a no ciudadanos*³⁶.

El 17 de Mayo de 1996, el Sr. Habassi, —ciudadano de origen tunecino, residente en Aarhus (Dinamarca), con permiso de residencia permanente en Dinamarca y casado con una danesa—, se disponía a adquirir una alarma antirrobo para su vehículo. Al

³⁴ Las personas que no pueden obtener crédito de los bancos u otros proveedores financieros acuden a intermediarios o prestamistas particulares donde los intereses y gastos son más altos y los términos y las condiciones suele ser peores. Como consecuencia de ello, los clientes se enfrentan a mayores dificultades financieras que pueden tener como resultado el sobreendeudamiento. Por ejemplo, la alternativa a los prestadores de servicios financieros, rara vez realizan calificaciones crediticias y, por tanto, aumentan los riesgos de incumplimiento, dado que el prestamista no tiene conocimiento de su capacidad para devolver el préstamo. Además algunos proveedores financieros alternativos también aplican cargos adicionales por extender un préstamo o emitir sanciones por incumplimiento. DATTA, K: *New Migrant Communities and Financial Services. Keeping themselves to themselves?* Friends Provident Foundation, Pixham End Dorking Surrey, University of London, 2011

³⁵ *Strategy used by low-income consumers who are credit impaired in France and Germany is to delay utility bill payments in order to 'inject flex into their budgets'* (Policis, 2007: 36). ANDERLONI, L., BAYOT, B., BLEDOWSKI, P., IWANICZ-DROZDOWSKA, M., KEMPSON, E., *Financial Services...*, op. cit., p.55.

³⁶ «Selección de decisiones del Comité para la eliminación de la discriminación racial», Vol. I, Períodos de sesiones 36º a 75º (agosto de 1988 a agosto de 2011), Naciones Unidas, Nueva York, 2012, pp. 44 y ss

preguntar si había posibilidades de financiación, se le facilitó un formulario de solicitud de préstamo para gestionar a través del banco con el que el comercio trabajaba, el Sparbank Vest. El formulario contenía, entre otras cosas, una cláusula estándar según la cual el solicitante del préstamo declaraba ser danés. El Sr. Habbasi, que como ya hemos dicho poseía un permiso de residencia permanente en Dinamarca, firmó el formulario a pesar de esa cláusula. Posteriormente, el Sparbank Vest informó al Sr. Habbasi que aprobaría el préstamo una vez presentase un pasaporte danés o que la persona responsable de la solicitud de préstamo fuese su esposa. Asimismo, se le comunicó que la norma del banco era no conceder préstamos a los extranjeros. A través del *Centro Documental y Consultivo en materia de Discriminación Racial (DRC)* de Copenhague, se solicitó que se aclarasen las razones que justificaban una política de crédito que, entre otras cosas, exigía a los solicitantes declarar que eran daneses. La respuesta del banco fue que el requisito de nacionalidad debía de entenderse como un requisito de residencia permanente en Dinamarca. Ante la solicitud de información por parte del DRC acerca del número de extranjeros que efectivamente habían obtenido préstamos, el Sparbank Vest aclaró que no constaba en sus registros si un cliente era danés o no, por lo que no estaba en condiciones de proporcionar la información solicitada. Asimismo señalaba que en el caso de solicitantes extranjeros el banco efectuaba una evaluación en la que se consideraba si la relación con Dinamarca tenía carácter temporal o permanente. Según la experiencia del banco, solo la existencia de una relación permanente y estable con el país hacía posible prestar el servicio requerido y asegurar una comunicación estable con el cliente. El DRC, en nombre del Sr. Habbasi, denunció ante el departamento de policía alegando que el banco había violado la ley danesa por la que se prohíben las diferencias de trato por motivos de raza. Meses después, la policía informó al DRC que había archivado la investigación en vista de que no había pruebas de que se hubiera cometido un acto ilícito. En la carta se indicaba que el requisito de la nacionalidad danesa debía interpretarse en relación con la posibilidad de cobro de la suma adeudada y que todos los solicitantes de préstamos firmaban el mismo tipo de formulario. El DRC presentó una denuncia ante el Fiscal del Estado de Viborg, en la que impugnaba la decisión del departamento de policía, que consideraba legítimo el criterio de la nacionalidad, por entender que el hecho de que el banco siguiera exigiendo la documentación relativa a la nacionalidad constituía un acto discriminatorio que no podía justificarse por el interés del banco para cobrar la suma adeudada. Asimismo, el DRC destacaba que el Sparbank Vest no había proporcionado información sobre clientes extranjeros, a pesar de ser determinante para valorar si su política crediticia era discriminatoria. El Fiscal del Estado informó al DRC que no veía ninguna razón para modificar la decisión de la policía y que, al ser un caso particular que depende de la discrecionalidad de la policía, no tiene posibilidad de plantear el caso ante un tribunal.

En la exposición del Estado danés ante el Comité de Naciones Unidas, de 28 de abril de 1998, el Estado parte admite que, conforme a su legislación, toda persona que, en el desempeño de actividades profesionales o no lucrativas, se niegue a servir a una persona en las mismas condiciones que a las demás por motivos de raza, color, origen nacional o étnico, religión o preferencia sexual de esa persona puede ser sancionada con una pena de multa o prisión. No obstante, señala, en su defensa, que el reclamante no había agotado la vía judicial (habría sido pertinente interponer una acción declaratoria civil contra el banco alegando que este había quebrantado la ley al rechazar la solicitud de préstamo). En consecuencia, el Estado parte consideraba que una acción civil es un recurso posible que el solicitante habría debido utilizar y cuya falta de utilización debe dar lugar a la inadmisibilidad del caso. El Estado danés sostenía también que el autor tenía la posibilidad de impugnar la decisión del fiscal y que ni la Ley danesa ni la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación, de 21 de diciembre de 1965, incluían la nacionalidad como motivo independiente de discriminación. El Estado danés concluye que, de acuerdo con la recomendación general XIV relativa al párrafo 1 del artículo 1 de la Convención³⁷, tanto la justificación de las decisiones del jefe de policía como del fiscal de distrito se basaban en el hecho de que las diferencias de trato tenían un objetivo legítimo y respetaban la condición de proporcionalidad, pues la exigencia de demostrar vínculos con Dinamarca tiene la finalidad de asegurar el futuro reembolso del crédito, por lo cual no constituiría una discriminación prohibida.

En su 53º período de sesiones, celebrado en agosto de 1998, el Comité examinó la admisibilidad de la comunicación. Consideró debidamente la afirmación de que el solicitante no había agotado los recursos de la jurisdicción interna, pero llegó a la conclusión de que los recursos civiles propuestos por el Estado parte no podían considerarse como medio de reparación adecuado. En la denuncia presentada primero al departamento de policía y después al Fiscal del Estado se alegaba la comisión de un delito penal y se pedía un fallo condenatorio conforme a la Ley contra la discriminación de Dinamarca. Ese objetivo no habría podido alcanzarse entablando una acción civil, con la que solo habría podido conseguirse una indemnización por daños y perjuicios.

³⁷ La Recomendación General Nº IVX, relativo al párrafo 1 del artículo 1 de la *Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, de 21 de diciembre de 1965, señala que una diferencia de trato no constituirá discriminación si los criterios para tal diferencia, juzgados en comparación con los objetivos y propósitos de la Convención, son legítimos o quedan incluidos en el ámbito del artículo 1 de la Convención. *Al examinar los criterios que pueden haberse empleado, el Comité reconocerá que una medida puede obedecer a varios fines. Al tratar de determinar si una medida surte un efecto contrario a la Convención, examinará si tal medida tiene consecuencias injustificables distintas sobre un grupo caracterizado por la raza, el color o el origen nacional o étnico.*

Respecto de la Decisión del Comité sobre el fondo se señala que (9.2) para facilitar la integración de una persona en la sociedad hacen falta recursos financieros. En consecuencia, *poder acceder al mercado crediticio y solicitar un préstamo en las mismas condiciones aplicables a la mayoría de los habitantes es una cuestión importante*. Añade que (9.3),

en el presente caso un banco danés denegó un préstamo al autor basándose únicamente en su nacionalidad extranjera y se le dijo que el requisito de la nacionalidad se fundaba en la necesidad de garantizar el reembolso del préstamo. Sin embargo, el Comité opina que la nacionalidad no es el requisito más apropiado al investigar la voluntad de una persona de reembolsar un préstamo o su capacidad para hacerlo. La residencia permanente del solicitante o el lugar en que se encuentran su trabajo, sus bienes o su familia pueden ser más pertinentes en ese contexto. La persona puede mudarse al extranjero o poseer todos sus bienes en otro país, evitando así todo intento de hacer efectiva una demanda de reembolso.

En consecuencia, el Comité considera que procede iniciar la debida investigación de las verdaderas razones que sustentan la política crediticia del banco en lo que respecta a los residentes extranjeros, para determinar si se están aplicando o no criterios de discriminación racial en el sentido del artículo 1 de la Convención. Además, dadas las circunstancias, el Comité *recomienda que el Estado parte adopte medidas para contrarrestar la discriminación racial en el mercado crediticio (11,1). El Comité recomienda además que el Estado parte proporcione al solicitante una reparación o satisfacción proporcional al daño sufrido (11,2)*.

Entre los países que cuentan con una regulación detallada sobre el acceso al crédito debe citarse los Estados Unidos de América.

3.3. La *Equal Credit Opportunity Act*

En Estados Unidos, numerosos análisis empíricos han constatado la existencia de discriminación en los mercados de crédito³⁸, distinguiendo dos modalidades de conductas discriminatorias: por un lado, la discriminación individual, que consiste en la

³⁸ Estudios realizados en Estados Unidos concluyen que los afroamericanos y las personas de origen hispano acceden a préstamos con tipos de interés más alto. También se constatan mayores tasas de rechazo así como diferencias en las características de los préstamos a los que acceden, mucho menos atractivas y más exigentes que las de préstamos similares concedidos a blancos. Los barrios «pobres» tienen asimismo menos acceso a la financiación de hipotecas y su población es más vulnerable a ser víctima de prácticas de préstamos abusivos. DYMSKI G., «Discrimination in the credit and housing markets: findings and challenges» en W. Rodgers, ed., *Handbook on the Economics of Discrimination*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 215-259.

negativa a conceder préstamos a personas debido a criterios no económicos (discriminación directa) y, de otra parte, la discriminación indirecta. Como formas de discriminación indirecta, se puede citar la práctica conocida como «redlining», que se refiere a la práctica de negar el acceso al crédito a los residentes de determinadas áreas con una mayoritaria composición racial o étnica, ya sea directamente o a través de estrategias como el aumento de precios de manera selectiva.

En mayo de 1968, el presidente Johnson firmaba la *Consumer Credit Protection Act*, CCPA, (Ley de Protección del Crédito al Consumo). Inicialmente había cinco títulos de los cuales el primero, *Truth In Lending Act*, TILA, (Ley sobre la verdad en los préstamos), es el que ha tenido mayor transcendencia³⁹. Por otro lado, para evitar la discriminación en el mercado del crédito, en 1974 se aprobó la *Equal Credit Opportunity Act* (Ley de igualdad de oportunidades de crédito) que considera ilegales las conductas discriminatorias que tengan lugar en la concesión de un crédito⁴⁰.

La ley se aplica a todos los sujetos que participan regularmente en el mercado de crédito, incluidos los bancos, minoristas, compañías de tarjetas bancarias, compañías financieras y cooperativas de crédito y considera conductas discriminatorias, entre otras, el desalentar a solicitar el crédito o rechazar una solicitud o imponer diferentes términos y condiciones (como por ejemplo tasas de interés más altas o pagos iniciales más elevados para un préstamo), basándose en la raza, color, religión, origen nacional, sexo, estado civil, edad, discapacidad o por recibir el solicitante ingresos provenientes de la asistencia pública, o por el hecho de que el solicitante haya ejercido de buena fe cualquier derecho bajo la Ley de Protección de Crédito al Consumo.

La *Equal Credit Opportunity Act* se extiende especialmente en describir las circunstancias que no pueden tenerse en consideración por las entidades de crédito y en la información que pueden solicitar a los clientes. Así, no pueden tomar en consideración su raza, nacionalidad o sexo, aunque es posible que pidan que suministre estos datos voluntariamente para que las agencias federales puedan dar cumplimiento a las leyes antidiscriminatorias. No pueden preguntar si es viudo o divorciado (los otorgantes de crédito solamente pueden utilizar los términos casado, no casado o separado), no pueden preguntar sobre el estado civil salvo que se trate de un Estado que posee un régimen de comunidad de bienes, o sobre su planificación familiar (por ejemplo si tiene previsto tener hijos), pero sí información sobre los gastos relacionados con las personas que conviven con el solicitante, etc. Además, entre los derechos del

³⁹ Sobre el tema SÁNCHEZ SÁNCHEZ, MP «La protección al consumidor en los Estados Unidos de América, el tanto por ciento anual (A.P.R.)», disponible en esnotario.com

⁴⁰ *United States Code*, 2010 Edition, Title 15, Chapter 41, Subchapter IV, *Equal Credit Opportunity*.

solicitante se establece el de recibir una contestación a la solicitud de crédito dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la solicitud debidamente completada, el de conocer los motivos de la denegación de su solicitud, o, saber cuál es la razón específica que motivó que se le ofrecieran términos menos favorables. Por último, la *Equal Credit Opportunity Act* establece los mecanismos de denuncia antes las prácticas discriminatorias, que se presentan ante una agencia federal, la *Federal Trade Comission*.

Por otro lado, en materia de créditos hipotecarios, otra norma, la *Fair Housing Act* (Ley de Equidad en la Vivienda)⁴¹, regula específicamente algunas prácticas en la concesión de préstamos hipotecarios que conllevan igualmente la existencia de una discriminación. Con relación a los préstamos hipotecarios la Ley sanciona las siguientes conductas: negarse a proporcionar información o a otorgar un préstamo hipotecario e imponer términos o condiciones diferentes para adquirir un préstamo, u ofrecer tipos de interés y honorarios diferentes, basándose en la raza, color, religión, origen nacional, sexo, estado civil, edad, discapacidad o por recibir el solicitante ingresos provenientes de la asistencia pública, o por el hecho de que el solicitante haya ejercido de buena fe cualquier derecho bajo la Ley de Equidad en la Vivienda.

3.4. Estado de la cuestión en España

El defensor del pueblo en su *Informe de 2014* ya advertía del problema del acceso al crédito en nuestro país. Sin duda, los problemas de acceso o uso del crédito son más difíciles de definir y resolver que los derivados del acceso a las cuentas de pago básicas, pues toda regulación que se dicte en este sentido debe estar equilibrada con la obligación de las entidades financieras de evitar riesgos demasiado altos, evaluando obligatoriamente, en todas las posibles operaciones de crédito que realicen, la solvencia del deudor. En efecto, Ley 4/2011, de Economía Sostenible, en su artículo 29, (Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros), establece que *las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. A tal efecto, dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal.*

⁴¹ *United States Code*, 2010 Edition, Title 42 - The Public Health and Welfare Chapter 45 - Fair Housing-Subchapter I – Generally. Sec. 3604 - *Discrimination in the sale or rental of housing and other prohibited practices*

Pero cuando se habla del principio no discriminación en el acceso al crédito no se está pidiendo que las entidades de crédito estén obligadas a facilitar crédito a todas las personas que lo soliciten con independencia de circunstancias personales como su situación familiar o laboral, recursos económicos, situación financiera, etc. Se busca evitar que en la evaluación de la solvencia del solicitante que pertenezca a uno de los colectivos protegidos sean tenidas en cuentas otras circunstancias distintas a las mencionadas en la legislación, esto es, que la decisión de concesión del crédito se funde en criterios no económicos. Se trata de evitar también que las entidades de crédito impongan o exijan requisitos adicionales para conceder el crédito a las personas pertenecientes a los citados colectivos. Es cierto que la actividad de crédito no es un servicio público. No obstante, la prestación de servicios financieros está reservada, al menos en el sector bancario y en el sector del crédito, a aquellas empresas que obtengan una autorización de la autoridad financiera. Existe de hecho un oligopolio que concentra en determinados grupos de empresas la prestación de estos servicios. *Ello puede justificar también el derecho de los consumidores a un servicio básico*⁴². Desde este punto de vista, el crédito puede ser considerado un servicio de interés económico general⁴³, y como tal, el legislador debe garantizar el acceso universal a un precio razonable. A falta de tal regulación específica deben revisarse las herramientas que nos ofrece la actual legislación para luchar contra los supuestos en los que existe discriminación en el acceso al crédito.

3.4.1. Normativa en materia de igualdad en el acceso a bienes y servicio

En el Derecho español, la normativa represora de las conductas discriminatorias en la contratación para el acceso a bienes o servicios se encuentra básicamente en dos normas. En concreto en la Ley 6/2003, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, que incluye normas sobre igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico de las personas, y sobre todo, la Ley

⁴² ZUNZUNEGUI, F. «Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos...», *op. cit.*, p. 46.

⁴³ *El acceso a los servicios de pagos constituye un servicio de interés general, pero también resulta esencial garantizar el acceso al crédito y a los servicios de inversión. Con el derecho a la cuenta la Comisión Europea ha dado el primer paso para el reconocimiento de un derecho a los servicios financieros básicos en la Unión Europea.* CRUZ AYUSO, C: «Exclusión Financiera, Vulnerabilidad y Subdiscriminación. Análisis crítico...», *op. cit.*, pp., 5 y ss. En el mismo sentido se ha pronunciado parte de nuestra doctrina. Ad. ex. AGUILERA RULL, A: «Contratación y diferencia», *op. cit.* pp 206 a 211. CARBÓ VALVERDE, S; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F: «Concepto y evolución de la exclusión financiera: una revisión», *Cuadernos de Información Económica*, núm. 244, 2010, pp. 73 a 83, p. 86. GONZÁLEZ URQUIJO, L: «El impacto de la exclusión financiera en Europa: algo más que integración», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 32, 2015, pp. 107 a 127, p. 112. ZUNZUNEGUI, F. «Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos...», *op. cit.*, p. 46

Orgánica 3/2007, de 22 marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (en adelante LO 3/2007). Dichas normas tienen su origen en las llamadas directivas de «igualdad». La Directiva 2000/43/CE, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico* (en adelante Directiva 2000/43/CE) y la Directiva 2004/113/CE, *por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro* (en adelante Directiva 2004/113/CE). Ambas disposiciones se caracterizan porque por primera vez extienden la prohibición de discriminación a la contratación entre particulares para garantizar el acceso en condiciones de igualdad a todos los servicios que son ofertados al público⁴⁴, de manera que cuando la oferta de contrato, en nuestro caso la oferta de crédito, se dirige a un número indeterminado de personas, el oferente debe garantizar a todas ellas el acceso al servicio en igualdad de condiciones, sin poder descartar o excluir a un grupo de personas por razones que hagan suponer la existencia de discriminación. Las directivas limitan la libertad contractual, pero con una serie de precisiones: no afectan a la libertad de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en el sexo (o en otras circunstancias personales) del solicitante. La segunda precisión es que, como determina en el artículo 4, apartado 5, la Directiva no prohíbe las diferencias de trato *cuando las mismas estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograr ese propósito sean adecuados y necesarios*.

Por tanto, son conductas discriminatorias sancionables en el ámbito de la contratación, los actos y las cláusulas de los contratos de bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada o familiar, que constituyan o causen una diferencia de trato no justificada, por diferentes motivos o causas.

3.4.2. Las causas o motivos de la discriminación

Uno de los elementos que debe incluir la definición de discriminación es, precisamente, la vinculación de la discriminación —la diferencia de trato no justificada— a unas causas determinadas. Tales motivos o causas han sido recogidos tradicionalmente enumerando un conjunto de circunstancias que históricamente han constituido motivo habitual de discriminación de las personas o colectivos definidos

⁴⁴ Han de tratarse de bienes o servicios destinados al público, ésta fórmula con indican los trabajos preparatorios, significa que la limitación no es aplicable a las transacciones que se lleven a cabo en un marco puramente privado, como, por ej, el arrendamiento de una vivienda de vacaciones a un familiar, una habitación de un a casa particular, es decir, *el ámbito se reduce, a los bienes y servicios que se ofrecen habitualmente mediante pago*. GARCÍA RUBIO, M^º P: «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, enero-diciembre, 2007, pp. 131-136, op. cit., p. 144.

por dichas circunstancias, pero permitiendo que el elenco de las mismas sea ampliado⁴⁵. En este sentido, nuestra Constitución en su artículo 14, tras reconocer expresamente como motivos de discriminación prohibida *el nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión*, hace referencia a *cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Ahora bien, como ha declarado el Tribunal Constitucional, *esta referencia constitucional expresa no implica la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación*⁴⁶. Ciertamente, la expresión *cualquier otra circunstancia personal o social* recogida en el artículo 14 de nuestra Constitución da a entender que también está prohibida la discriminación por muchos otros motivos distintos de los mencionados expresamente en el citado artículo. Para determinar si un concreto criterio de diferenciación debe entenderse incluido en esta cláusula genérica, resulta necesario, a juicio del Tribunal Constitucional,

analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (artículo 10 de la Constitución).

A falta de que se identifiquen con claridad a qué otros casos puede aplicarse la prohibición de discriminación más allá de criterios expresamente mencionados en el artículo 14 CE y cuáles serían los requisitos para que una categoría no expresamente mencionada pueda considerarse como «categoría sospechosa», labor que excede con mucho del objeto de este trabajo, sí que procede hacer una serie de consideraciones

⁴⁵ En el ámbito del Derecho internacional existen una serie de causas de discriminación que constituyen lo que podría llamarse «núcleo duro» de la prohibición, que se reiteran en la normativa antidiscriminatoria y que constituyen ciertamente un acervo internacional en materia de lucha contra la discriminación. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, enumera como causas de conducta discriminatoria en el ejercicio de los derechos en ella reconocidos a las siguientes circunstancias: *raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición* (Art. 2 DUDH). Ahora bien, la lista de causas de discriminación no se ha detenido en este modelo, de modo que normas posteriores han matizado dichas causas (origen étnico, pertenencia a una minoría nacional, lengua...) e incorporado otras nuevas. *Ello se debe a que el legislador internacional es consciente de que la prohibición de discriminación se proyecta sobre realidades sociales concretas, que cambian y evolucionan. De ahí que sea necesario prever ese cambio y esa evolución social en cuanto pueden conllevar el nacimiento de nuevos motivos de discriminación que deben prohibirse por lo que suponen de ataque directo a la dignidad de la persona humana*. RODRÍGUEZ PIÑERO, M; FERNÁNDEZ LÓPEZ, MF: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid 1986, pp. 88 y ss.

⁴⁶ STC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2.

sobre qué circunstancias pueden o podrían ser alegadas para alegar discriminación en la contratación entre particulares, más allá de las reconocidas en la legislación actual, esto es, en la Ley 6/2003 —origen racial o étnico de las personas—, y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. En este sentido debe destacarse que nuestros tribunales han considerado como categorías susceptibles de ser incluidas dentro del ámbito de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14CE, circunstancias como la orientación sexual⁴⁷, la edad⁴⁸, o la enfermedad⁴⁹.

⁴⁷ En el ámbito de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales menciona en su artículo 21 la orientación sexual en la lista no cerrada de motivos de discriminación prohibidos y algunos países como Holanda (1992 y 1994) y Portugal (2004) han introducido expresamente en sus constituciones la «orientación sexual» como motivo de discriminación, lo que no ocurre en el artículo 14 de nuestra Constitución. En España, el Tribunal Constitucional, en línea con lo ya señalado por El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en sus sentencias de 21 de diciembre de 1999 (*caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*), y de 24 de julio de 2003, (*caso Kerner c. Austria*), ha incluido en su STC 41/2006, de 13 de febrero, la discriminación por «orientación sexual» entre las otras condiciones o circunstancias personales a las que se refiere el artículo 14 CE. En este caso, otorgó el amparo a un trabajador de Alitalia que había sido despedido por ser homosexual (aunque la empresa había ocultado el verdadero móvil discriminatorio en incumplimientos contractuales no probados). Por su parte, la STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4, ha sostenido, igualmente, que la «transexualidad» es un rasgo que se halla de modo implícito en el artículo 14 CE. Sobre el complicado tema, ALVENTOSA DEL RIO, J: «Discriminación y orientación sexual o identidad de género en el derecho español», Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008. REY MARTÍNEZ, F., «Homosexualidad y Constitución», *Revista española de Derecho Constitucional*, (Nueva Época), núm. 73, enero-abril, 2005, pp. 123 y ss.

⁴⁸ La edad es una circunstancia personal que tradicionalmente se ha tomado en consideración como criterio diferenciador entre las personas, pues no hay duda de que a priori puede constituir una circunstancia legítima para la diferencia de trato. No obstante, no se puede dudar de que, desde otra perspectiva, la edad puede ser un elemento de segregación. Es cierto que uno de los criterios que pueden tener en cuenta las entidades a la hora de conceder un crédito es precisamente la edad de los solicitantes. Los solicitantes de crédito de mayor edad por la disminución de sus ingresos por la salida del mercado laboral, y los solicitantes «jóvenes» por su, en general, precaria situación laboral. Tradicionalmente, la valoración de la edad como posible causa de discriminación se ha resuelto conforme al esquema clásico del principio de «igualdad en el contenido de la ley». Desde esta óptica, serían correctos los tratamientos diferenciados por razón de edad siempre que estuvieran justificados por una causa objetiva y razonable y que los medios utilizados fueran proporcionados, prescindiendo del carácter peyorativo que se presume existe en cualquier discriminación, aunque exigiendo, eso sí, someter su utilización por el legislador como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto. Aparentemente, este es el enfoque que sigue el art. 6 de la Directiva 2000/78/CE, así como la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La STJUE, de 12 de marzo de 2010, *Gisela Rosenblatt contra Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, (Asunto C-45/09) y de nuestro Tribunal Constitucional: *la prohibición establecida en la norma cuestionada implica una discriminación por razón de la edad que no es constitucionalmente admisible (art. 14 CE), porque no resulta ni idónea ni proporcionada respecto de la finalidad pretendida* (STC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 5).

⁴⁹ La problemática sobre la enfermedad como causa no tipificada de discriminación ha sido especialmente relevante en el ámbito del Derecho del Trabajo. En un principio, se planteó que las diferencias de trato por razón de enfermedad podían reconducirse a la discriminación por motivos de discapacidad, pero esta tesis ha sido claramente desechada por la jurisprudencia que estima que para

El artículo 14 de la Constitución no menciona la discapacidad entre las causas o motivos de discriminación específicamente prohibidos. Por ello, desde la doctrina⁵⁰ se venía reclamando una legislación específica sobre discriminación y discapacidad que incluyese el acceso a bienes y servicios en línea con la que ya existía en otros países europeos. El Tribunal Constitucional, ya desde la Sentencia 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4, ha venido incluyendo la discapacidad como una de las circunstancias objeto de protección a máximo nivel, al establecer que

la discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedoras de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 C.E., es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación.

que una «enfermedad» pueda ser considerada como discapacidad, debe ser de larga duración y no de carácter puramente transitorio. La STJUE de 11 de julio de 2006, *Sonia Chacón Navas y Ernest Colectividades, S.A.* (Asunto C-13/2005), al resolver una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº33 de Madrid declara que (43), la finalidad de la Directiva 2000/78 es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación. *En este contexto, debe entenderse que el concepto de «discapacidad» se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.* 44. *Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de «enfermedad». Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos.* Por ello se ha intentado argumentar que la enfermedad puede constituir una causa autónoma de discriminación no tipificada expresamente en la Constitución ni en la normativa de desarrollo. A estos efectos, la STC 62/2008, de 26 de mayo, ha descartado que esta identificación pueda producirse con carácter general. En este sentido señala en su FJ6, que *no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo... cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.* Un claro supuesto en que la enfermedad puede ser considerado elemento de estigmatización sería la extinción de una relación laboral, la denegación de un servicio o el acceso a un crédito a una persona portadora del virus del sida. Es más dudoso que pueda considerarse como tal la obesidad (salvo que conlleve la existencia de una discapacidad reconocida tal y como señala la STSJ Comunidad Valenciana de 9-5-2012, nº 823/2012), o el tabaquismo.

⁵⁰ Demandando una legislación específica que favoreciera el acceso de las personas con discapacidad a bienes y servicios ofertados al público ver, entre otros, CABRA DE LUNA, MA: «Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, pp. 21 a 46, p. 27.

Y señala que las medidas que se instrumentan para procurar la igualdad de oportunidades y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas de acción positiva, tiene una estrecha conexión «genéricamente, con el mandato contenido en el art. 10.2 C.E., y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 C.E.⁵¹. La aplicación de la cláusula del art. 10.2 CE nos lleva a otorgar especial relevancia a la Convención de la ONU *sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España por Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96 del 21 de abril de 2008), y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. En España, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, tiene como objeto, tal y como señala en su artículo 1, *garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas*. Por su parte, el artículo 29, regula con carácter general, *las Condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público*, reproduciendo textualmente lo dispuesto en el Título VI, artículo 69, de la Ley Orgánica 3/2007, para *la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*.

3.4.3. Actos o comportamientos discriminatorios en materia de acceso al crédito

En líneas generales puede mantenerse que discriminación es toda diferencia de trato no justificada. Habrá discriminación en el acceso al crédito cuando la negativa a la concesión del crédito o el endurecimientos de sus condiciones implique una diferencia de trato que no se justifique de forma objetiva o razonable, sino que se funde en criterios no económicos como una condición o circunstancia personal del solicitante o por la pertenencia del mismo a una determinada minoría o a un colectivo tradicionalmente preterido.

3.4.3.1. Discriminación directa

⁵¹ Con alcance a todas las situaciones de discapacidad (física o psíquica), la STC 10/2014, de 27 de enero, FJ 4, precisa que ha de estarse *al marco normativo específico del derecho que pretende ejercitar la persona en cada momento, puesto en relación con el art. 14 CE que prohíbe ‘discriminación alguna’ por ‘cualquier circunstancia o condición personal’ y el art. 49 CE que, sin reconocer derechos fundamentales, sí ordena a los poderes públicos realizar una política de integración de los discapacitados*. Estos preceptos, como este Tribunal ha venido afirmando desde la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4, han de ser interpretados, en virtud del art. 10.2 CE, a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales que España haya celebrado sobre la materia.

Cuando una persona que se encuentra en una situación comparable a otra sea tratada de forma menos favorable (excluyéndole de la oferta, rehusando la contratación o imponiéndola condiciones desfavorables) por reunir una determinada característica o por el hecho de pertenecer a un determinado colectivo, estaremos ante un supuesto de discriminación directa⁵². Su apreciación requiere la concurrencia de dos elementos. El primer elemento del supuesto de hecho de la discriminación directa es el trato menos favorable del que es objeto la víctima, sin que sea necesario que concurra en el causante la intención de discriminar ni que la conducta discriminatoria sea culpable⁵³. En segundo lugar, el trato menos favorable debe valorarse en relación con una situación comparable. En la práctica, pueden plantearse dificultades en el momento de llevar a cabo la comparación por la necesidad de determinar hasta donde deben existir coincidencias entre ambas situaciones. Estas dificultades se acrecientan cuando el círculo de personas a tener en cuenta para llevar a cabo la comparación es muy reducido por lo que puede suceder que en el momento en el que tiene lugar la conducta no haya nadie en una situación equiparable. En tales casos, aunque la legislación española no lo establezca, parece admisible tener en cuenta otros criterios como la posibilidad de invocar situaciones pasadas⁵⁴. Tal criterio puede servir para demostrar el trato menos favorable de, por ejemplo, un inmigrante que intenta solicitar un crédito. Aunque no concurra con una persona que se halle en una situación comparable —pero que no sea inmigrante— el hecho de que la entidad crediticia no conceda créditos a inmigrantes puede ser indicio suficiente de que, de existir una

⁵² Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. Esta definición ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por el apartado 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, pero se ha incorporado de modo incompleto (y, por tanto, incorrecto) respecto del art. 2.2.a) de la Directiva 43/2000, ya que éste se refiere no sólo a la situación de que una persona sea tratada peor que otra sobre la base de los rasgos protegidos, sino también cuando haya sido tratada peor en el pasado y/o pudiera serlo en el futuro en relación con un término de comparación hipotético.

⁵³ STJCE, 22 de abril de 1997, Asunto C-180/95 En el asunto *Draehmpaehl*, el Tribunal consideró que una norma nacional que sometía la indemnización de los daños derivados de una discriminación a la condición de que la conducta hubiera sido culpable, no era conforme a la Directiva 76/207/CEE. Como señala en su apartado 17: «A este respecto procede recordar que, en su sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*(C-177/88, As. C-177/88, Rec.1990, apartado 22), el Tribunal de Justicia consideró que la Directiva no subordina en modo alguno la responsabilidad del autor de una discriminación a la prueba de una conducta culpable o a la inexistencia de causas de exención de la responsabilidad».

⁵⁴ La expresión elegida «otra en situación comparable» no excluye tampoco la posibilidad de abarcar en la comparación tanto acontecimiento pasados como hipotéticos. Aquí deberemos interpretar, conforme al derecho comunitario, que debe compararse el trato del que ha sido objeto la presunta víctima con el trato del que es, ha sido o sería objeto otra persona». AGUILERA RULL, A: «Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres», *Revista para el análisis del Derecho, Indret* 1/2007.

situación comparable en el presente, pueda presumirse que el inmigrante sería igualmente rechazado. A éstos efectos puede citarse el asunto *Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen*⁵⁵.

3.4.3.2. Discriminación indirecta

En materia de discriminación en el acceso al crédito pueden existir también supuestos de discriminación indirecta⁵⁶. El diario El País, en su edición de 14 de mayo de 2009, publicó la noticia de que un ingeniero técnico de origen colombiano intentó financiar la compra un monitor para su ordenador. La publicidad decía que sólo debía identificarse y dar su número de cuenta. Pero cuando le llegó el turno vio que a él le exigían algo más: «Resulta que tenía que darles copias de mis tres últimas nóminas y... ¡un contrato de trabajo firmado por el INEM!». Afirma que «la chica que me atendió dijo que las condiciones no eran las mismas para ciudadanos comunitarios y para extranjeros». El frustrado cliente fue un paso más allá y denunció el caso a SOS Racismo, que lo elevó a la Agencia Catalana de Consumo. La asociación comprobó sobre el terreno la veracidad de la denuncia. *Es un caso de trato discriminatorio porque se exigen a los inmigrantes unos requisitos que no se piden al resto. La empresa da por supuesto que estas personas no tienen suficientes medios económicos o no ofrecen confianza*, argumenta SOS Racismo.

Los presupuestos de la discriminación indirecta son la adopción de una medida aparentemente neutral y la situación de desventaja particular que provoca, por lo que para determinar la existencia de esa desventaja particular es exigible una comparación. No parece exigible sin embargo, que se demuestre que la medida afecta a un grupo considerable de sujetos a tenor de cuanto dispuso el Tribunal de Justicia, en el asunto

⁵⁵ STJCE de 8 de noviembre de 1990 (C-177/88). La Sra. Dekker interpuso una demanda contra el Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen por rechazar su solicitud para el puesto de educadora por estar embarazada. El tribunal resolvió que la conducta de un empresario que rechaza a toda mujer embarazada que solicita un puesto de trabajo en su empresa no deja de ser discriminatoria porque ningún hombre haya participado en el proceso de selección. *El hecho de que las mujeres no embarazadas no sean discriminadas aporta indicios suficientes que nos hacen presuponer que un hombre en situación comparable tampoco lo sería.*

⁵⁶ La discriminación indirecta o «de impacto», ya había sido definida en la STC 145/1991, de 1 de julio, en cuyo FJ2 se dispone que *la prohibición constitucional de discriminación [...] incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales*. Por su parte, el apartado 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007, establece que *existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúen a unas personas en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.*

O'Flynn c. Adjudication Officer ⁵⁷. Pero para que se cumpla el supuesto de hecho de la discriminación indirecta debe concurrir asimismo un elemento negativo, que consiste en que la medida en cuestión no esté justificada. Como resulta de la definición de la discriminación indirecta, no basta con que la medida persiga una finalidad legítima sino que, además, los medios escogidos para la realización de dicha finalidad deben ser necesarios y adecuados. Corresponde al juez de cada Estado miembro, en función de la legislación nacional, determinar si existe o no esa justificación objetiva. Parece necesario que el juez deba valorar si la medida, que tiene una repercusión distinta, persigue una finalidad —no discriminatoria— concreta y, si no persigue ninguna, deberá ser considerada discriminatoria.

3.4.3.3. La ausencia de justificación a la diferencia de trato. Diferenciaciones que no se basan en una causa de discriminación.

No siempre que hay diferenciación tiene que haber discriminación. Existen razones que pueden justificar la elección del otro contratante. Una cosa es negarse a contratar o realizar una diferencia de trato por una razón discriminatoria y otra distinta elegir a la persona apropiada para realizar un contrato. Ya hemos señalado que las directivas tratan de garantizar el acceso a bienes y servicios en condiciones de igualdad y para ello limitan la libertad contractual, pero lo hacen con una serie de precisiones pues como determina su art. 3.2 *la presente Directiva no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en el sexo (o discapacidad, origen étnico...)*⁵⁸.

En los supuestos en los que se deniega un crédito es indudable que pueden concurrir tales circunstancias relacionadas sobre todo con la solvencia o la capacidad de pago del solicitante pues, como ya hemos señalado, la Ley 4/2011, de *Economía Sostenible*,

⁵⁷ STJCE, Sentencia de 23 de Mayo de 1996 (Asunto C-237/94). En el supuesto enjuiciado una persona de nacionalidad irlandesa solicitó, a raíz de la muerte de su hijo, el pago de los gastos del funeral al amparo de una norma inglesa, y le fue denegado por el hecho de que la incineración del cadáver no había tenido lugar en el Reino Unido, fundándose en que la norma aplicable supeditaba la concesión de la prestación a la condición de que la inhumación hubiera tenido lugar en su territorio. El Sr. O'Flynn interpuso recurso contra la denegación por considerar que el requisito territorial era indirectamente discriminatorio en perjuicio de trabajadores emigrantes. El Tribunal de Justicia consideró que *no era necesario probar que la disposición controvertida estaba afectando, en la práctica, a un porcentaje considerablemente más importante de trabajadores emigrantes, sino que basta con comprobar que dicha disposición podía producir tal efecto*.

⁵⁸ El artículo 69.2 de la Ley 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres ha establecido literalmente la misma forma de entender la libertad de elegir al otro contratante que las directivas, de forma que la elección de la otra parte contratante está permitida si no significa discriminación, es decir, *siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo*.

obliga a las entidades de crédito a evaluar, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, *la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente*. Existe justificación y no hay discriminación cuando en aplicación de las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica, resulte que la negativa a la concesión de crédito se funde en criterios objetivos: nivel de ingresos de los consumidores en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo; insuficiencia de las garantías dirigidas a garantizar el préstamo, una vez sean objeto de una adecuada e independiente valoración, los diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia (Art. 29 Ley 4/2011 de *Economía Sostenible*). Es también causa de justificación, que excluye la discriminación, la negativa del solicitante a presentar la información necesaria requerida por la entidad para formalizar el crédito.

3.4.4. Sanciones

Las normas comunitarias regulan las sanciones que hay que adoptar en caso de que se infrinja el principio de igualdad de trato (art. 15.2 de la Directiva 2000/43/CE y arts. 8.2 y 14 de la Directiva 2004/113/CE), estableciendo que serán los Estados miembros quienes establecerán *el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales y adoptarán las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento*. Entre las posibles sanciones a adoptar, se dice, se encuentra la indemnización a la víctima. Las *sanciones* deberán ser *efectivas, proporcionadas y disuasorias*.

Nuestro sistema de reparación establece un conjunto de sanciones de distinto carácter: sanciones penales, administrativas y sanciones de carácter civil.

3.4.4.1. Sanciones penales

Las infracciones consistentes en la denegación de una prestación (pública o privada) por motivos discriminatorios⁵⁹ de los artículos 511 y 512 del Código Penal (en adelante CP)⁶⁰, se encuentran ubicadas entre los *Delitos contra la Constitución*, concretamente,

⁵⁹ Como señala la STS 1089/1998, de 29 de septiembre, FJ 2, *los artículos 511 y 512 del Código Penal no incorporan «tipos penales de autor», inadmisibles en el Derecho penal de un Estado democrático, sancionando el mero hecho de «ser» racista, machista, homófobo, etc.*

⁶⁰ Redactado por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).

entre los delitos cometidos *con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas* (Título XXI, capítulo IV, sección 1ª, Código Penal).

La denegación discriminatoria de una prestación en el ámbito público está regulada en el artículo 511.1 CP. La conducta típica consiste en denegar una prestación pública a la que tenga derecho una persona física o jurídica, por parte de un funcionario o un particular encargado de un servicio público, por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad. La infracción del artículo 512 CP —introducida en la reforma de 1995— amplía el delito de denegación discriminatoria de prestaciones al ámbito de la empresa o al ejercicio de la profesión entre particulares al castigar a los que *en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad*. La conducta típica es prácticamente idéntica a la contenida en la infracción del artículo 511 del Código Penal. Las diferencias entre las infracciones de los artículos 511 y 512 radican en los sujetos (en el delito previsto en el art. 512 CP puede ser sujeto activo cualquier persona que deniegue una prestación en el desempeño de su actividad profesional o empresarial), el carácter de la prestación que se deniega (la prestación a la que se tenga derecho no debe ser de carácter público), y en la penalidad (la penalidad prevista es de menor gravedad que la del delito del art. 511 CP, pues sólo se prevé una pena privativa de derechos que consiste en la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años).

El artículo 512C suscita serios problemas puesto que su aplicación está supeditada a que la persona a la que se deniega la prestación tenga «derecho a ella». Parece que, en principio, ese derecho existe cuando la prestación que se solicita, y se deniega, tiene el carácter de «servicio público». Pero tales casos son objeto de regulación como acabamos de ver en un artículo específico, el 511CP⁶¹. En el ámbito privado, no hay

⁶¹ En efecto, como señala Bilbao Ubillo, el art. 511 castiga la denegación de prestaciones en el ámbito público donde tiene cabida la negativa de un médico de guardia a atender a un paciente por su razón de su identidad sexual o la obstinación del funcionario que se niega a tramitar un expediente por motivos racistas. Pero este artículo castiga también el comportamiento de un particular (no funcionario) encargado de un servicio público, con arreglo a alguna de las formas o modalidades de gestión privada o indirecta de un servicio de titularidad pública, que de forma expresa o encubierta deniega la prestación a la que se tiene derecho por algún motivo discriminatorio. Sería el caso, de los empleados de una empresa de transporte público a la que se ha adjudicado una línea regular en virtud de una concesión

duda por tanto de que el elemento esencial de la figura delictiva prevista en el artículo 512 CP es, como hemos dicho, la existencia de un «derecho del particular a una prestación». Parece que, en principio, este derecho a una prestación no puede confundirse con la genérica libertad para adquirir un producto o contratar un servicio. Pero, lo cierto es que el delito previsto en el art. 512 CP se aplicó por primera vez al dueño de un establecimiento de compraventa de coches de Murcia que se negó expresamente a atender a una persona de color («yo no vendo a morenos como tú, ni a gitanos ni a moros»). En su Sentencia de 29 de septiembre de 1998, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo considera probado tanto el hecho de que el acusado se negó a tratar con el denunciante la venta de un vehículo de los que ofrecía en venta en su local, como el dato subjetivo de que la negativa vino determinada por el deseo de discriminarle a causa de su pertenencia a una determinada etnia. Pero si lo relevante no es que el particular tenga derecho a la prestación, como parece deducirse de la STS de 29 de septiembre de 1998, es preciso determinar cuándo la conducta de un empresario o profesional que ejerce su actividad en el ámbito privado debe considerarse discriminatoria. El criterio que parece deducirse tanto de la legislación vigente como de la STS de 1998 es el de considerar discriminatoria toda denegación de prestación de servicios por parte de quien desarrolla una actividad profesional o empresarial «destinada al público en general», por entender que en ese caso la prestación constituye un derecho. Por tanto, por el solo hecho de que un empresario o profesional anuncie públicamente el ejercicio de su actividad, quedaría sujeto a la prohibición de discriminación y estaría obligado a prestar sus servicios de cualquiera que lo solicite. Es decir, prácticamente todos los empresarios o profesionales quedarían sujetos a la prohibición de discriminación.

Tal criterio de interpretación no deja de plantear dudas. No hay que olvidar que en muchos supuestos de prestación de servicios empresariales y profesionales se crean relaciones duraderas, de especial proximidad y basadas en la confianza mutua y que un empresario o un profesional pueden rechazar a un cliente que pertenezca a uno de los colectivos protegidos por razones que no tengan nada que ver con la existencia de una discriminación. Dicho esto, no hay que olvidar que en estos casos el empresario o profesional podría aducir la existencia de una causa de justificación de la diferencia de trato demostrando que su actuación «no se basa» en la pertenencia del sujeto al colectivo protegido. Es cierto que esta causa de justificación ha sido recogida en

administrativa, de una empresa de suministro de gas, agua o electricidad, de una compañía de servicios telefónicos o de telecomunicaciones, o de una gasolinera. BILBAO UBILLOS, JM: «Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, pp. 147-189, p. 167.

muchos supuestos de discriminación en establecimientos abiertos al público⁶², pero su éxito depende de que el demandado, en éste caso el empresario o profesional, pueda probar que su negativa a prestar sus servicios obedece a las citadas razones, lo que puede ser complicado a pesar de que al tratarse de un proceso penal no son aplicables las reglas sobre prueba que se aplican en materia de discriminación.

A falta de una regulación específica que determine claramente en qué supuestos y en qué medida los servicios empresariales o profesionales prestados en el ámbito privado están sujetos a la prohibición de discriminación entre particulares, la solución puede pasar por distinguir dentro de los servicios que se prestan en el ámbito privado, entre servicios privados de interés público y aquéllos que no tienen tal carácter. En el ámbito privado existen servicios que requieren autorización o licencia previa y que están fuertemente reglamentados por la Administración (servicios de transporte privado como los taxistas, farmacias, servicios bancarios...) Los prestadores de tales servicios quedarían por tanto sujetos a la prohibición de discriminación sancionada en el artículo 512 CP.

3.4.4.2. Sanciones administrativas

Estas sanciones que tienen como presupuesto que la víctima tenga la consideración de «consumidor», están contenidas en el artículo 49.1. K) y M) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba *el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. En el citado artículo se sanciona la negativa a satisfacer las demandas del consumidor o usuario, cualquiera que sea su nacionalidad o lugar de residencia, cuando su satisfacción esté dentro de las disponibilidades del empresario, así como cualquier forma de discriminación con respecto a las referidas demandas, sin que ello menoscabe la posibilidad de establecer diferencias en las condiciones de acceso directamente justificadas por criterios objetivos (*art. 49.1. K*). Por otro lado, se sancionan también las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de los servicios, y en especial las previstas como tales en la Ley Orgánica para la *Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres* (artículo 49.1. M). Las sanciones, como se señala en el artículo 51, consisten en la aplicación de una multa cuyo importe está de acuerdo con la calificación de la infracción como leve, grave o muy grave. El importe concreto de la multa puede abarcar desde los 3005,06 euros de las sanciones leves a los 601.012,10 euros reservadas a infracciones muy graves.

⁶² Entre otras, Sentencia de la AP de Albacete, de 28 de abril de 2006 (Rec: 67/2006) y STS de 14 de marzo de 1992 (Rec: 554/1992).

Es innegable que las multas proporcionan un instrumento importante para la lucha contra la discriminación que debe utilizarse siempre antes que las sanciones penales, que deben ser el último recurso y reservarse para los casos más graves. Pero, no hay duda de que un sistema de sanciones que combine las multas con los remedios civiles es el más instrumento más apropiado para luchar contra la discriminación.

3.4.4.3. Sanciones y remedios en el ámbito del derecho privado

A la vista de lo previsto en el artículo 10 de la LO 3/2007, la persona que ha sufrido una discriminación puede ejercitar un conjunto heterogéneo de remedios si bien la legislación parece reconducir dichos remedios y acciones a dos tipos de consecuencias distintas: la nulidad y falta efecto de las conductas discriminatorias y la reparación de la responsabilidad por medio de una serie de indemnizaciones reales, efectivas y proporcionales al perjuicio sufrido.

Parece obvio que la nulidad no es en todos los casos el mecanismo que mejor garantiza los derechos de la víctima de una discriminación y que, en consecuencia, sea la respuesta más conveniente. Por ello, entiendo que no es preciso concluir que siempre y en todo caso se producirá la nulidad de pleno derecho, pues en nuestro sistema de derecho privado existe un conjunto de remedios que no son excluyentes y que amparan a la víctima sin tener que acudir al mecanismo de la nulidad, sin olvidar que permitir que se pueda modificar el contenido del contrato de forma que pueda exigir la misma prestación que hubiera obtenido en ausencia de discriminación, tal y como establece por el legislador en el art. 72.2 LOIMH, suele ser la solución más conveniente en la práctica, aunque la misma solo este prevista en sede de contrato de seguros y de servicios financieros afines. Lo previsto en este artículo sería de aplicación cuando una persona perteneciente a un colectivo, susceptible de ser discriminado, es obligada a aceptar condiciones más onerosas que el resto de los clientes no pertenecientes a dicho colectivo. Por otro lado, podrá interesar en muchos caso la nulidad parcial de las clausula o clausulas discriminatorias, como sería el caso de los contratos que impongan condiciones adicionales a las personas pertenecientes a uno de dichos colectivos.

Por lo que se refiere a la posibilidad de obligar a la otra parte a contratar, es tal vez la cuestión más controvertida ya que constituye la máxima fricción entre el principio de libertad contractual y el principio de prohibición de discriminación. Partiendo de la premisa de que estos supuestos encierran una colisión de derechos fundamentales (libertad de contratación, respeto a la dignidad) se ha defendido la aplicación del

denominado principio de proporcionalidad o juicio de ponderación⁶³. Éste principio parte de la premisa de que debe adoptarse siempre aquella medida adecuada, necesaria y proporcional para la obtención del fin legítimo propuesto. Siguiendo a Navas Navarro⁶⁴, la aplicación del principio de proporcionalidad lleva a la conclusión de que la parte perjudicada por la negativa a contratar sólo conseguirá una reparación adecuada, necesaria y proporcional al daño sufrido que consista en imponer la obligación de contratar con ella⁶⁵, cuando se cumplan tres condiciones. La primera de ellas es que el sujeto discriminado se vea privado del acceso al bien o servicio como consecuencia de la negativa a contratar. En tales casos, el fundamento de la imposición de la obligación de contratar se encuentra en el derecho de todo individuo a acceder a determinados bienes o servicios. Además es preciso que, en segundo lugar, no se haya celebrado por el discriminador un contrato con un tercero de buena fe y, finalmente, que estén determinados o sean determinables los otros elementos esenciales del contrato para que, de solicitarse la ejecución judicial, sea posible la sustitución de la voluntad de quien se niega a contratar (art. 705 y ss. LCiv). Entiendo que en la mayoría de los supuestos será imposible imponer esta obligación. Por un lado, parece difícil mantener que la negativa a la celebración del contrato niegue al el sujeto discriminado el acceso al servicio por falta de alternativas en el mercado. Además, si la conducta consiste en rehusar el inicio de las negociaciones, o de cualquier otra manera impedir o denegar el contrato, en ningún caso podrán considerarse determinados (o determinables) los elementos esenciales del contrato denegado. En tales casos, solo cabe la compensación del daño⁶⁶.

⁶³ GARCÍA RUBIO, MP: «Discriminación por razón de sexo...», cit., p. 140.

⁶⁴ NAVAS NAVARRO, S; «El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo», *ADC*, tomo LX, 2008, fascículo III, p. 186.

⁶⁵ Sobre la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la obligación de vender o prestar, ver, AGUILERA RULL: «Contratación y diferencia...», cit., pp. 337 a 344.

⁶⁶ En el asunto *Colson/Kamman c. Land Nordrhein-Westfalen*, resuelto por la STJCE de 10 de abril de 1984, (C-14/83), Sabine Colson y Elisabeth Kamann, habían solicitado un puesto de trabajo en una prisión de hombres administrada por el Land Nordrhein-Westfalen, que se negó a contratarlas por ser mujeres. Las demandantes interpusieron una demanda alegando que habían sido víctimas de una conducta discriminatoria y solicitando una indemnización. El Tribunal suspendió el litigio para plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia y aclarar si el derecho comunitario exigía de los Estados miembros la imposición de unas sanciones concretas en los casos de discriminación en el acceso al empleo. El TJUE aclaró que, en primer lugar, *el derecho comunitario no exigía del legislador nacional la imposición al empresario discriminador de una obligación de contratar a la víctima*. Aclaró también que *el legislador nacional tenía la opción de sancionar la conducta discriminatoria mediante la exigencia del pago de una indemnización al infractor*. Por último, imponía la condición de que, en caso de optar por la vía indemnizatoria, la compensación debía ser proporcional al daño sufrido por la víctima de la discriminación y tener un carácter disuasorio. Esto se traducía en la prohibición de imponer una indemnización meramente simbólica, como la consistente en el reembolso de los gastos de envío de la solicitud.

No hay duda de que la erradicación de las conductas discriminatorias en el ámbito del acceso a bienes y servicios disponibles para el público va a depender de la correcta configuración de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de tales conductas. Es preciso por ello exponer las directrices o principios en los que se asienta su construcción, tanto en el derecho comunitario como en el derecho español, y los principales problemas que plantea su aplicación a los supuestos concretos, con el objeto de valorar su efectividad como medida reparadora y disuasoria para luchar contra la discriminación. El artículo 10 de la LO 3/2007 determina que los actos y las cláusulas discriminatorias... *darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.*

En nuestra doctrina existe unanimidad al señalar que se trata de un sistema de responsabilidad objetiva que no exige dolo o culpa del autor⁶⁷, en el que la indemnización se fija con arreglo a los siguientes criterios: proporcionalidad, realidad, efectividad y carácter disuasorio.

La exigencia de que la indemnización sea proporcional, real y efectiva debe interpretarse en el sentido de que habrá de determinarse tomando en consideración los beneficios generados por la conducta discriminatoria de modo que al infractor no le resulte más beneficioso su abono que la comisión de la infracción. La exigencia de que la sanción por conductas discriminatorias deba producir un «efecto disuasorio» llevó a la doctrina a atribuir a la indemnización un efecto punitivo, impropio de nuestro sistema, que actúa siempre *ex post*, con efectos reparatorios, y no *ex ante*, con finalidades de prevención ante posibles perjuicios futuros. En este sentido, debe destacarse el contenido de la STJUE de 17 de diciembre de 2015, en el caso *Arjona Camacho y Securitas Seguridad España S.A* (asunto C-407/14), pues, por primera vez, un juez nacional preguntaba al TJUE si la Directiva 2006/54, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, autoriza al juez nacional a condenar a un acusado de discriminación por razón de sexo a pagar una suma adicional que, a pesar de ir más allá de la reparación íntegra de los daños y perjuicios reales

⁶⁷ GARCÍA RUBIO, MP: «La igualdad de trato...», cit., , p. 11; NAVAS NAVARRO, S: «Medidas en caso de discriminación por...», cit., p. 1491; AGUILERA RULL, A: «Contratación y diferencia...», cit., p. 314. Así lo ha manifestado, respecto de la discriminación indirecta, la STJUE, de 16 de julio de 2015 (Asunto C-83/2014), en el apartado 96, al disponer que *una discriminación indirecta basada en el origen racial o étnico no exige que una motivación de esa clase figure en el fundamento de la medida considerada.*

sufridos por la víctima, sirva como ejemplo para otros⁶⁸. Coincido con Gutiérrez Colominas⁶⁹ en la necesidad de destacar la afirmación de la Sala, mediante *obiter dicta* (Párrafo 34), según la cual no puede derivarse la concesión a la víctima de una indemnización en concepto de daños punitivos directamente del artículo 18 de la Directiva 2006/54, por entender que hay un elemento disuasorio inherente a la indemnización reparadora, de modo que parece asimilar los conceptos de reparación integral y finalidad disuasoria. No obstante no parece que pueda mantenerse sin más que siempre que se produzca la reparación integral del daño se dará automáticamente ese efecto ejemplarizante y disuasorio que proclama la sentencia. Por ello, vedado el camino a que el juez incorpore en la condena un importe diseñado única y exclusivamente para tal fin (daños punitivos), en la determinación de la cuantía de la indemnización en los supuestos de discriminación y partiendo de que la compensación a la víctima requiere la reparación de todos los daños derivados de la actuación discriminatoria, entiendo que en su determinación deben tenerse en cuenta tanto los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante ex art. 1106 CC) como los daños morales⁷⁰.

⁶⁸ La demandante trabajaba como vigilante para una empresa de seguridad pero fue objeto de despido disciplinario cuando se encontraba embarazada, aunque poco después abortó, tras lo cual presentó una demanda ante un Juzgado de lo Social de Córdoba en la que solicitaba que se declarase la nulidad de su despido por constituir una discriminación y el pago de una indemnización de 6.000 euros por los daños morales sufridos. El juez considera que el despido de la demandante fue nulo, por constituir claramente una discriminación, pero duda entre concederle una indemnización de 3.000 euros (importe que considera suficiente para la reparación del daño sufrido) que en su opinión no es suficiente pues el art. 18 de la Directiva 2006/54..., parece exigir a los Estados miembros medidas que, además de reparar el daño causado, disuadan a los autores. El juez estima que este objetivo disuasorio se alcanzaría si pudiera condenar al empresario al pago de 3.000 euros adicionales en concepto de «daños punitivos», concepto que es ajeno a la tradición jurídica española. En consecuencia, pregunta si la Directiva autoriza al juez nacional a condenar a un acusado de discriminación a pagar una suma adicional que, a pesar de ir más allá de la reparación íntegra de los daños y perjuicios reales sufridos por la víctima, sirva como ejemplo para otros (además del propio autor del daño) -siempre que dicha suma se mantenga dentro de límites razonables y proporcionados. El Tribunal considera que, *dado que la figura de los daños e intereses punitivos no existe en Derecho español, la Directiva no autoriza al juez nacional a condenar por sí mismo al autor de dicha discriminación al pago de esos daños e intereses*.

⁶⁹ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D: «La indemnización por daños y perjuicios derivada de la discriminación por razón de género: reflexiones a propósito de la existencia del daño, la cuantificación del daño y la dimensión disuasoria», en *IUSLabor*, núm. 2/2016 (versión electrónica)

⁷⁰ *Dado que la LO 3/2007 no establece ni baremos para la cuantificación legal de los daños patrimoniales, ni topes indemnizatorios, en el ordenamiento jurídico español habrá que atender a lo dispuesto en el Código Civil*. GARCÍA RUBIO, MP: «De nuevo sobre la incidencia del principio no discriminación por razón de sexo...», cit., p. 186. La STS de 20 de abril de 2011 (RJ/2011/3596), en un supuesto de discriminación por razón de sexo en un contrato de arrendamiento de servicios, dispone que (i) *en cuanto a la indemnización, ante la ausencia de datos económicos, la única alternativa es la fijación de la indemnización con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1101 y 1103 del CC y 9.2 LPDH, referida al daño moral*. Por su parte, el TSJ de Madrid, en su sentencia de 21 de julio de 2008 (Tol 1373896) afirma que la

A estos efectos, pueden considerarse como daños patrimoniales los derivados de la necesidad de realizar un negocio de sustitución en peores condiciones como consecuencia de la discriminación. Esta situación tendría lugar si la conducta discriminatoria ha sido la causa de la no celebración del contrato⁷¹.

Por lo que se refiere a la figura de los daños no patrimoniales o morales, a los que la doctrina ya había asignado un fundamental papel disuasorio⁷², no son un instrumento desconocido en nuestra legislación, puesto que el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba *el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, establece en su artículo 7, párrafo 2, que la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado «a priori» y que *la indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión*. En los supuestos de daños morales derivados de la infracción de una prohibición de discriminación nos encontramos ante un daño moral puro, esto es, un daño que sucede automáticamente como consecuencia de un hecho dañoso cuyas únicas consecuencias se limitan al ámbito estrictamente moral, espiritual de la víctima⁷³, que no comporta necesariamente una enfermedad psíquica, y que no son por tanto, medicamente constatables ni evaluables⁷⁴. Sobre la víctima pesa la necesidad de probar los daños morales puesto que tras lo señalado en la del Tribunal Constitucional núm. 247/2006, de 24 de julio de 2006, FJ 4, *hay que entender que no se presumen y en consecuencia no operan automáticamente*, si bien, la sentencia reconoce la dificultad de aportar prueba concreta del perjuicio sufrido en algunas

indemnización debe cubrir todos los aspectos del daño: *daño corporal, daño emergente, lucro cesante y «daños morales»*.

⁷¹ En tales casos, reponer a la víctima en el lugar en el que se encontraría si el acontecimiento que da lugar al deber de resarcir no se hubiera producido, supone compensarla con el interés contractual positivo. AGUILERA RULL, A: «Contratación...», *op.cit.*, p., 316; GARCÍA RUBIO, MP., «La discriminación por razón de sexo en la contratación...», *op. cit.*, p. 156.

⁷² BURGOS GARCÍA, O: «La prohibición de discriminar por razón de género en el capítulo II del Proyecto de Marco Común de Referencia. Su alcance en el ámbito privado bajo la protección de un derecho contractual europeo opcional», en *Investigación y género, inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género, [libro de actas]*. Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Sevilla, 21 y 22 de junio de 2012. (Coord.) Isabel Vázquez Bermúdez; (Com. cient.) Consuelo Flecha García, Universidad de Sevilla, 2012, pp. 273 a 295, p. 287. MESA MARRERO, C: «Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: ¿un resquicio para los punitive- damages?», en *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, 2010, p. 1217.

⁷³ GÓMEZ POMAR, F: «Problemas de concepto, valoración y cuantificación del daño moral (análisis económico del Derecho)», en *El daño moral y su cuantificación*, Dir. Gómez Pormar, J y Marín García, I, Bosch, 2015., p. 39.

⁷⁴ AGUILERA RULL, A: «Daño moral por discriminación», en AAVV, *El daño moral y su cuantificación*, Dir. Gómez Pormar, J y Marín García, I, Bosch, 2015, pp. 615 a 651, p. 632.

ocasiones, introduciendo así la posibilidad de valorar como elementos que permiten acreditar y cuantificar el daño, entre otros, la intensidad y agresividad del comportamiento y su finalidad disuasoria. Serán en todo caso daños morales indemnizables los que son fruto del atentado contra la dignidad de la víctima e, incluso, en los supuestos en que no haya lesión a la dignidad de la víctima si la actuación discriminatoria conlleva *frustración, incertidumbre y preocupación provocadas por las dificultades de la persona discriminada para obtener bienes tan importantes para el individuo como una vivienda, un crédito, un seguro de vida o médico*. Por otro lado, es importante tener en cuenta que aún cuando como se ha afirmado los motivos del discriminador son irrelevantes a efectos de considerar su comportamiento como discriminatorio, sí puede tener incidencia en la compensación del daño moral⁷⁵.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RULL, A: «Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, en *Revista para el análisis del Derecho, Indret* 1/2007.

AGUILERA RULL, A: *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

AGUILERA RULL, A: «Daño moral por discriminación», en AAVV, *El daño moral y su cuantificación*, Dir. Gómez Pormar, J y Marín García, I, Bosch, 2015. , pp. 615 y ss.

ANDERLONI, L., BAYOT, B., BLEDOWSKI, P., IWANICZ-DROZDOWSKA, M., KEMPSON, E., *Financial Services Provision and Prevention of Financial Exclusion*. Report prepared for the Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Brussels, European Commission, 2008.

APARICIO ARROYO, A: «Abogado considerado como “consumidor”». STJUE de 3 de septiembre de 2015, Asunto C110/14 (Lawyer as «consumer»: ECJ of 3 september 2015, case C-110/14) en *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 2016, pp. 71 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R; «La prestación de los servicios de pago en la Unión Europea», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2018 parte Tribuna, Ed. Aranzadi, SAU, 2018.

BILBAO UBILLOS, JM: «Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares», en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, pp. 147-189.

⁷⁵ AGUILERA RULL; A: «Daño moral por discriminación», en *El daño...*, op. cit., p. 621

CARBÓ VALVERDE, S; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F: «Concepto y evolución de la exclusión financiera: una revisión», en *Cuadernos de Información Económica*, núm. 244, 2010, pp. 73 a 83.

CRUZ AYUSO, C: «Exclusión Financiera, Vulnerabilidad y Subordiscriminación. Análisis crítico sobre el derecho al acceso a servicios bancarios básicos en la Unión Europea en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº 34, diciembre, 2016.

DEMIRGUC-KUNT, A; KLAPPER, L; SINGER, D: VAN OUDHEUSDEN: «The Global Findex Database 2014: Measuring Financial Inclusion around the World», *Policy Research Working Paper* 7255, 2015, World Bank, Washington, DC.

DYMSKI G., «Discrimination in the credit and housing markets: findings and challenges» en W. Rodgers, ed. *Handbook on the Economics of Discrimination*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 215 y ss.

GARCÍA RUBIO, M^o P: «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, enero-diciembre, 2007, págs. 131 y ss.

GARCÍA RUBIO, MP: «De nuevo sobre la incidencia del principio de no discriminación por razón de sexo en la contratación privada, en AAVV, *Igualdad de género: una visión jurídica global*, Gómez Campello y Valvuela González (Coord.), Ed. UBLAT, Burgos, 2008, p. 175 y ss.

GÓMEZ BARROSO, JL; MARBÁN-FLORES, R: «Basic financial services: A new service of general economic interest?» en *Journal of European Social Policy*, Julio, 2013, vol. 23, núm. 3, pp. 332-339.

GÓMEZ POMAR, F: «Problemas de concepto, valoración y cuantificación del daño moral (análisis económico del Derecho), en AAVV, *El daño moral y su cuantificación*, Dir. Gómez Pomar, J y Marín García, I, Bosch, 2015., pp. 39 y ss

GÓMEZ POMAR, F: «Derecho antidiscriminatorio europeo. Conceptos fundamentales», en AAVV, *Iguals y diferentes ante el derecho Privado* (Dir. Navas Navarro, S: Coord. Aymá de Lama, A; Aamacho Clavijo, S), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 25 y ss.

GONZÁLEZ URQUIJO, L: «El impacto de la exclusión financiera en Europa: algo más que integración», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 32, 2015, pp. 107 y ss.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, D: «La indemnización por daños y perjuicios derivada de la discriminación por razón de género: reflexiones a propósito de la existencia del daño, la cuantificación del daño y la dimensión disuasoria, en *IUSLabor*, núm. 2/2016 (versión electrónica)

LÄERMAMM, S: «Financial exclusion and access to credit», *European Social Catch Report 2010*, http://www.socialwatch.eu/wcm/financial_exclusion.html

LÓPEZ VELÁZQUEZ, D: «Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015 sobre la consideración de consumidor de un abogado mercantilista en la contratación de productos financieros», en *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales* num. 1/2016 parte Jurisprudencia. Análisis. Editorial Aranzadi, 2016.

MENDIZABAL ZUBELDA, A; MITXEO GRAJIREMA, J; OLASOLO SOGROB, A; ZUBIA UBIAURRE, A: «Reflexiones sobre el origen y las implicaciones de la inclusión financiera», (XVII Congreso Internacional de la Academia Europea de Dirección y Economía de la Empresa. Universidad Federal de Bahía y la Asociación Europea de Dirección y Economía de la Empresa. Salvador de Bahía, 2008) en *Universidad, Sociedad y Mercados globales* (coord., Castro Silva, EJ; Díaz de Castro, FJ: 2008, pp. 209 y ss.

MESA MARRERO, C: «Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: ¿un resquicio para los punitive- damages?, en AAVV, *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, 2010, p.1217 y ss.

NAVAS NAVARRO, S; «El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo», en *Anuario de Derecho Civil*, tomó LX, 2008, fascículo III, pp. 186 y ss.

NAVAS NAVARRO, S: «Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (derecho o europeo y derecho español)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, 2009, p. 1476 y ss

NAVAS NAVARRO, S: «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LX, 2007, fasc. IV, p. 1620 y ss.

PUENTE GONZÁLEZ, IA: «Comparabilidad de comisiones, traslado y acceso a cuentas de pago: análisis de la evidencia y apuntes para una ley a la luz de la Directiva 2014/92/UE, de 23 de julio de 2014, en *Revista Lex Mercatoria, Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, nº 5, 2017, pp. 93 y ss

REY MARTÍNEZ, F., «Homosexualidad y Constitución», en, *Revista española de Derecho Constitucional*, (Nueva Época), núm. 73, enero-abril, 2005, pp. 123 y ss.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M; FERNÁNDEZ LÓPEZ, MF: «Igualdad y discriminación», Tecnos, Madrid 1986,

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, MP: «La protección al consumidor en los Estados Unidos de América, el tanto por ciento anual (A.P.R.)», disponible en *esnotario.com*

SINCLAIR, S.: *Financial Exclusion: An Introductory Survey*. Heriot Watt University Centre for Research into Socially Inclusive Services. Edinburgh, 2001.

WILSON, T., «Consumer credit regulation and rights-based Social justice: addressing financial exclusion and Meeting the credit needs of low-income Australians», *UNSW Law Journal* Volume 35(2), 2012, pp. 501 y ss.

WORLD BANK: «Finance for all?: Policies and pitfalls in expanding access», Washington D.C., 2008, *International monetary fund, Financial Access Survey*, <http://fas.imf.org>.

ZUNZUNEGUI, F: Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos, en *Revista del Derecho de Mercado Financiero*, 2013: 43, Madrid, 29 de noviembre de 2013, pp. 1 y ss.

Fecha de recepción: 31.07.2018

Fecha de aceptación: 02.04.2019